

**ANUARIO
DE
DERECHO CIVIL**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL



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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**TOMO V
FASCICULO I**



**ENERO-MARZO
MCMLII**

Es propiedad. Queda hecho el
depósito y la inscripción en el
registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La pretensión procesal

J A I M E G U A S P

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La pretensión de parte como concepto definidor de la función procesal:* a) Teorías sociológicas y teorías jurídicas sobre el concepto del proceso; b) Las teorías sociológicas: el proceso como resolución de un conflicto; planteamiento y clases de conflictos; crítica de estas teorías; c) Las teorías jurídicas: el proceso como actuación del derecho; fundamentación común y diversificación de estas doctrinas; su crítica; d) El proceso como satisfacción de una pretensión; la materia social del proceso y su forma jurídica; adecuación de esta teoría a la realidad.—III. *Acción, pretensión y demanda; pretensión procesal y objeto del proceso:* a) Acción y pretensión; b) Demanda y pretensión; c) La pretensión procesal como objeto del proceso.—IV. *Estructura y función de la pretensión procesal:* a) Elementos estructurales de la pretensión procesal; los sujetos de la pretensión: sujeto activo, sujeto pasivo y destinatario; el objeto de la pretensión; bien de la vida y bien litigioso; la actividad de la pretensión; la pretensión como petición fundada; concepto de petición y sus clases, concepto de fundamento y distinción entre fundamentación y justificación de la petición; b) La función de la pretensión procesal; la pretensión procesal como figura engendradora, mantenedora y terminadora del proceso.—V. *El valor sistemático de la pretensión procesal:* a) Para el concepto de Jurisdicción; b) Para el concepto de parte; c) Para el concepto de objeto procesal; d) Para el concepto de actos del proceso; e) Para el concepto de su nacimiento, desarrollo y terminación; f) Para el concepto de efectos procesales, en particular para la figura de la cosa juzgada; g) Para el concepto de proceso ordinario y procesos especiales; h) Para el concepto de jurisdicción voluntaria.

INTRODUCCIÓN

En la ciencia, como en la vida, hay destinos adversos y destinos afortunados. El aforismo *habent sua fata libelli* es cierto en más de un sentido. La construcción científica, ajena por principio al capricho y a

la moda que en otros aspectos del vivir humano tanta influencia determinan, no muestra siempre, como debiera, un rostro equívoco a los artificios de la frivolidad. Hay modas científicas, como las hay de la vida y del lenguaje; como las hay en realidad en todos aquellos acaecimientos en que el hombre imprime de alguna manera su huella.

Pero si esto es cierto en la ciencia en general, lo es también, y acaso en mayor medida, en los elementos concretos que la componen, en aquellas partículas de información o de construcción que, menuda pero inevitablemente, integran todo su aparatoso edificio. Hay, pues, en sustancia, conceptos de suerte adversa y conceptos de suerte afortunada. Y no es ligera tarea la del científico que, con ánimo de auténtico rigor intelectual, pretende dar a cada uno lo suyo y colocar a las diversas nociones lógicas que maneja en el puesto jurídico que verdaderamente les corresponde, unas veces exageradamente ensalzado, otras abatido con exceso.

La ciencia del derecho procesal no es ciertamente de aquellas que pueden enorgullecerse de haber quedado siempre al margen de esta subversión de valores en cuanto a sus instrumentos conceptuales se refiere. En el ámbito del proceso ha habido figuras que durante largo tiempo han mantenido una primacía intelectual muy discutible y otras, en cambio, han quedado escondidas, al margen de la atención de los estudiosos, prestando su savia esencial a otros falsos conceptos y convirtiéndose ellas en vanas sombras, *quantités négligeables*, que nadie, justificadamente en apariencia, intentaba iluminar.

Mas lo verdaderamente extraño dentro de la ciencia del proceso no es que esto haya ocurrido, en mayor o menor medida, con alguno de los elementos instrumentales de su elaboración científica. Es, sobre todo, que la anormalidad ha venido a recaer sobre una idea absolutamente vital para la construcción del instituto mismo del proceso y que, por lo tanto, el fenómeno de perturbación jerárquica ha incidido esta vez en la misma médula o entraña de la disciplina. Mientras que nociones más o menos importantes han hecho alegremente su carrera en la evolución científica del derecho procesal, otras han sido conservadas en un permanente y extraño silencio tanto más difícil de explicar cuanto que la observación exacta de la realidad procesal clamaba a gritos por su auténtica entronización.

Este ha sido claramente el destino de la pretensión procesal en cuanto concepto jurídico. Difícilmente se encontrarán alusiones específicas a ella, hasta una época bien reciente en las obras dedicadas a cualquier rama del derecho (1). Cuando la atención, más tarde, ha recaído sobre esta figura, la mentalidad civilista con que se la ha con-

(1) Como dice, con razón, ENNECERUS, *Derecho civil* (parte general), 1935, II, p. 457, núm. 1, subrayando el carácter moderno de la idea, "el concepto de la pretensión es extraño a la antigua teoría", y lo que hoy se llama así se calificaba (pero sólo en el supuesto de existir realmente una protección jurídica) derecho de acción o acción en sentido material, aunque este concepto de acción fuera a su vez muy discutido.

templado (2), ha deformado de tal modo su esencia que no podía llenar el papel que lógicamente le estaba atribuido, antes al contrario, daba la razón a quienes hicieron caso omiso de ella por la absoluta infecundidad de su resultado (3). Y de esta manera el verdadero eje de toda actividad procesal, la sustancia misma del proceso, su clave definidora y explicativa venía a yacer en un indefinido mutismo ajeno al progreso de la ciencia que ella misma sustentaba y nutriendo con su propio contenido los temas básicos, enmascarados científicamente de la Administración de Justicia.

Intentar en un estudio monográfico destinado a su publicación como artículo de revista la contrarresta de tan abrumador y persistente desenfoco doctrinal sería a todas luces desproporcionado. El concepto de pretensión procesal es desgraciadamente un concepto preterido, y lo seguirá siendo todavía durante algún tiempo hasta que los planos de la visión científica en que hoy acostumbramos a movernos se ajusten algo más a la realidad de la vida y den a cada una de las nociones fundamentales del derecho del proceso su verdadero contorno y perfil. Pero si la tarea global reivindicatoria del concepto resulta inaccesible en la presente coyuntura, sí cabe verificar un esfuerzo de pura llamada de atención en el sentido en que, en nuestra opinión, debe ser rec-

(2) La construcción del concepto de pretensión arranca, en efecto, y se mueve ulteriormente en un campo casi exclusivo de derecho civil. La idea es elaborada inicialmente por WINDSCHEID, como se sabe, *Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, 1856, en su polémica contra MÜLLER, *Die Lehre von der römischen Actio dem heutigen Klagerecht*, 1857. A partir de la creación de WINDSCHEID, la pretensión, concebida como el derecho (civil, es decir, jurídico material o substantivo) a exigir de otro una acción o una omisión se abre amplio campo en la literatura germánica; PRINZ, *Das allgemeine Actionenrecht oder die Lehre vom Ansprüche*, 1870; LEONHARD, *Der Anspruchsbegriff des Entwurfs eines BGB*, en *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, XV, pág. 327 y ss.; WACH, *Der Feststellungsanspruch*, 1889 (fundamental para la aplicación al mundo del proceso de la idea de la pretensión), HOLDER, *Über Ansprüche und Einreden* en *Archiv für zivilistische Praxis*, XCIII, pág. 26 y ss.; *Anspruch und Klagerecht* en *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, XXXI, pág. 66 y ss.; LANGHEINEKEN, *Der Urteilsanspruch*, 1899, *Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB*, 1903, *Der verhaltensanspruch*, 1912; SCHLOSSMANN, *Anspruch, Klage, Urteil, Vollstreckung* en *Iherings Jahrbücher*, XLV, pág. 97 y ss.; FISCHER, *Recht und Rechtsschutz*, 1889; HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, 1900; SCHULER, *Der Urteilsanspruch*, 1921; KLEINFELLER, *Der Begriff Anspruch* en *Archiv für zivilistische Praxis*, CXXXVII, pág. 129 y ss., por no citar sino algunos de los nombres más significados, recibiendo su consagración legal al ser acogida en el Código civil alemán: § 194, sin que fuera de Alemania encuentre una difusión semejante salvo alguna excepción aislada, como la italiana de CICCALA, *Rapporto giuridico, diritto subiettivo e pretesa*, 1909. Esto no quiere decir que no existiera en absoluto un desarrollo procesal puro del concepto de pretensión, desarrollo que más adelante se indicará; pero sí que tal dirección asumió siempre un carácter científicamente de acusada minoría.

(3) CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, I, 1930, pág. 8, recuerda con razón que BETTMANN-HOLLWEG, en los últimos años de su vida, juzgó severamente este concepto de pretensión, tachándolo de indeterminado e infecundo.

tificada la dirección dominante de los estudios procesales en esta materia. Continuamos de tal modo una labor que emprendimos en fecha no lejana y que si bien ha tenido después valiosos seguidores no se ha abierto paso con el mismo empuje de otras proposiciones científicas que tuvimos ocasión de exponer simultáneamente (4).

Dedicamos, por lo tanto, el presente estudio a la elaboración científica del concepto de pretensión procesal con el propósito fundamental que reflejan las líneas anteriores, no por un prurito de originalidad ni de consecuencia, sino con el único deseo de contribuir al esclarecimiento de una zona de nuestra disciplina aún en sombras pese a la importancia de su contenido.

II

LA PRETENSIÓN DE PARTE COMO CONCEPTO DEFINIDOR DE LA FUNCIÓN PROCESAL

Sin un esclarecimiento a fondo del concepto de pretensión procesal es imposible proporcionar una definición satisfactoria del proceso mismo, es decir, de la función que como instituto jurídico le corresponde realizar. Esta tesis inicial constituye ya por sí sola, el argumento decisivo a favor de una nueva y más importante consideración sistemática de la idea de la pretensión procesal. Pero para que no quede en mera opinión gratuita, desprovista de fundamento, se hace necesario indagar su razón de ser, comprobando hasta qué punto es cierta y necesaria la inserción de la figura de la pretensión procesal en la fórmula misma definidora del proceso.

a) Hay que arrancar para ello de un punto de partida suficientemente elemental y genérico, que permita apartar inicialmente las objeciones de principio a las conclusiones que luego se obtendrán. A tal

(4) En una obra anterior, GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, I, 1943, propusimos una construcción del proceso sobre dos ideas fundamentales: la idea del proceso como actuación (mejor, satisfacción) de pretensiones (problema del concepto) y la idea del proceso como institución (problema de la naturaleza). La primera de estas dos ideas, sin encontrar un análisis a fondo, favorable o adverso (si se exceptúa LOIS, *La teoría del objeto del proceso* en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, II, págs. 611 y 615, cuya crítica resulta totalmente descentrada), no ha sido apenas recogida con posterioridad; GORDILLO, en una conferencia inédita, parece haberla aceptado como punto de partida de su propia concepción, que él llama de decisión de pretensiones, pero aun no ha publicado nada, que sepamos, en torno a esto: fuera del proceso civil, la han adoptado, sin embargo, FENECH, para el proceso penal (aunque luego en su importante estudio sobre el proceso tributario la rechaza y vuelve al concepto de la actuación de la ley), y GONZÁLEZ PÉREZ para el proceso administrativo. En cambio, la idea del proceso como institución ha encontrado, pese a no ser más que el complemento de la primera, máxima atención y acogida por obra principalmente de la valiosísima adhesión de COUTURE, del cual debe consultarse últimamente *El proceso como institución en Studi in onore di Redenti*, I, 1951, págs. 349 y ss., con la bibliografía que cit. en la nota 3.

efecto debe tratarse de formar un cuadro de las doctrinas que hoy conservan validez en torno a la explicación de la función procesal. Ello permitirá ver consecutivamente cómo el análisis de dicho cuadro desvela categóricamente la significación del concepto ahora analizado.

En el estado actual del pensamiento científico en torno al concepto del proceso puede decirse que la *summa divisio* de las doctrinas referentes a este punto agrupa las diversas posturas científicas construidas en dos tipos esenciales de teorías que tratan de explicar dicho concepto. Uno de estos grupos es de carácter predominantemente sociológico y busca ante todo el sustrato material en que el proceso como fenómeno natural se asienta. Otro de estos grupos es de índole predominantemente jurídico e investiga, con preferencia, la estructura de derecho que recubre la materia social procesal.

Claro está que el carácter sociológico de las doctrinas del primer apartado no excluye su relevancia jurídica puesto que su tendencia sociológica lo que hace en realidad es dar un matiz general, tónico, a ciertos conceptos del proceso, no eliminando, desde luego, la relevancia de derecho que a tal concepto se atribuye; y claro está, igualmente, que la índole jurídica predicada de la segunda clase de doctrinas no extirpa tampoco en ellas toda clase de consideraciones sociológicas acerca del concepto del proceso, puesto que aun las concepciones incluidas en este apartado intentan fijar, con más o menos intensidad, según los autores, las conexiones sociales del fenómeno jurídico procesal, aunque el centro de gravedad del concepto se coloque fuera de tal eventual apoyo; de aquí que se hable de un carácter sociólogo o jurídico del pensamiento científico, no absoluta o totalmente, sino predominantemente tan sólo.

b) Las teorías sociológicas arrancan, por definición, del ámbito extrajurídico en que el proceso se origina y trata de fijar en definitiva el concepto del proceso a base de la misión puramente social que a éste se asigna. Cabe decir, hoy por hoy, que todas estas doctrinas son susceptibles de reconducirse, en conjunto, a una fórmula general determinadora de un concepto común del proceso. Para todas ellas, en efecto, con una u otra terminología, el proceso no es sustancialmente, sino la resolución de un conflicto social (*social lato sensu*, es decir, intersubjetivo).

Parten estas teorías, más o menos explícitamente, de la observación elemental de que los hombres, por el hecho básico de vivir en sociedad, se hallan en relaciones unos con otros, relaciones que pueden desarrollarse pacíficamente, pero que pueden originar también y *de facto* originan, inevitablemente, roces o fricciones entre los diversos miembros de la comunidad: conflictos, en una palabra. La existencia de estos conflictos no puede abandonarse al libre juego de las fuerzas sociales prescindiendo de todo tratamiento jurídico. Porque si los conflictos sociales no fueran regulados en absoluto por el derecho se pondría en peligro la paz de la comunidad, y si no fueran regulados adecuadamente se pondría en peligro la justicia, es decir, que en

uno y otro caso habría un riesgo evidente y positivo de menoscabo de los valores que al derecho interesa primeramente realizar. De aquí que el ordenamiento jurídico contenga siempre una serie de instituciones o medidas tendentes a apaciguar justamente los conflictos sociales. Ello se hace de modo primario por obra de los mismos contendientes, admitiendo que algunos de ellos, mediante renuncia, desistimiento o allanamiento, o ambos mediante transacción, pongan fin a las diferencias que los separan (5); y cabe hacerlo también secundariamente por obra de un tercero, ya un tercero espontáneo: caso de la mediación y buenos oficios; ya un tercero provocado: caso de la conciliación o del arbitraje según que las partes conserven o no el derecho de desconocer la decisión del tercero (6). Mas para el supuesto máximo y extremo de que la resolución voluntaria, directa o indirecta, aparezca impracticable, se da precisamente el proceso en el cual el Poder público resuelve coactivamente el conflicto, imponiendo la solución a las partes e impidiendo, en consecuencia, la derivación bélica de la contienda y su peligrosa transformación en un verdadero duelo o guerra pública o privada (7).

Sin embargo, dentro de esta caracterización genérica, las teorías que ven en el proceso la resolución de un conflicto, difieren grandemente entre sí a tenor del modo con que el conflicto, necesitado de resolución, es concebido.

El conflicto es susceptible de imaginarse, en efecto, como de naturaleza intersubjetiva pura, es decir, suponiendo que los elementos sociales que entran en colisión son dos o más sujetos aislada y personalmente considerados, abstracción hecha de la relación de los mismos con un cierto objeto o de la atribución de los mismos de una cierta actividad. Ahora bien, las dimensiones básicas del hombre en cuanto hombre, aislada y personalmente considerado, son el intelecto y la voluntad (aparte el sentimiento o afecto); por ello el conflicto que origina un proceso puede ser ideado como un choque o contraste de

(5) Lo que se llama en la terminología de CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, 1942, pág. 77, autocomposición de la litis, la cual es expresamente calificada como un equivalente del proceso civil.

(6) Lo que habría que llamar, correlativamente a la denominación anterior, heterocomposición de la litis, en la que ve CARNELUTTI, ob. y loc. cit., un cuasi proceso, esto es, un proceso (colaboración del tercero con las partes), pero no verdadero y propio (por carecer, el tercero, de potestad judicial), siendo igualmente esta figura un equivalente procesal.

(7) Según la frase de BURLAMAQUI, recogida por W. GOLDSCHMIDT en su trabajo *Controversia y soluciones: guerra, duelo, proceso*, citado a su vez por VIADA-ARAGONESSES, *Derecho Procesal*, 1949, pág. 6, "en el estado de naturaleza nos hallamos en guerra, y en el estado de sociedad en pleito"; pero la equiparación, que los propios autores tachan de exagerada, resulta absolutamente inexacta: el proceso no es el equivalente de la guerra, sino su contrario; como la medicina no es el equivalente, sino el remedio de la enfermedad.

opiniones o como un choque o contraste de voluntades (8). Choque o contraste de opiniones si se entiende que la finalidad a la que verdaderamente sirve el proceso es la de resolver una discrepancia de carácter lógico en torno a un punto determinado; y no puede dudarse que esta caracterización del proceso como una lucha por el *logos* constituye una constante del pensamiento procesal (9), la que da lugar precisamente a que se hable, aunque casi siempre de modo no deliberado, del objeto del proceso como una cuestión, puesto que ciertamente cuestión no es sino una duda de tipo intelectual, y si el proceso sirve para resolverla es porque tiene asignada la función lógicamente discriminadora de puros conflictos de opiniones (10); idea a la que responde asimismo toda la dirección doctrinal que ve la finalidad del proceso, total o parcialmente, en la eliminación de la incerteza en que puede yacer una cierta relación jurídica; obviamente la incerteza sólo se disipa mediante un esclarecimiento intelectual que selecciona entre posibles opiniones discordantes aquella que se declara, no querida, sino verdadera (11). Choque o contraste de voluntades cuando, prescindiendo o dando menor valor a la colisión puramente intelectual, se centra la esencia del proceso en ser una resolución y armonización coactivas de tendencias volitivas contrapuestas, sometiendo a un querer unitario, tomado por lo menos en principio del propio querer de la

(8) También teóricamente como un choque o contraste de sentimientos o afectos, puesto que ésta es otra de las dimensiones básicas del hombre en cuanto ser individual; tal dirección no aparece deliberadamente recogida por la doctrina; es curioso, sin embargo, que en algún representante de la anticuada literatura española se hable de los conflictos de pasiones como posible objeto de un proceso.

(9) A ella responde, en efecto, la identificación entre el juicio y el proceso, tan extendida en nuestra ley (véase, por no citar sino los casos más salientes, los epígrafes de los títulos II, IV, V, XV, XVII y XVIII del libro segundo). La reivindicación reciente de la idea del juicio, de la que es hoy máximo exponente CARNELUTTI, *Torniamo al "giudizio"* en *Rivista di diritto processuale*, 1949, I, págs. 165 y ss., no es sino una muestra de la fuerza de esta dirección. Ciertamente que la palabra "proceso", sobre resultar excesivamente vaga e imprecisa, alude más al tecnicismo de la figura que a su verdadera y más alta función, pero puede también dudarse de que el "juicio" sea apto para designar este cometido transcendental y de que no tenga dentro de sí, por la envoltura racional exclusiva que inevitablemente recoge, algo de logicismo desvitalizado, que en modo alguno desearíamos considerar como directriz definidora de la augusta obra judicial.

(10) "Cuestión" para la doctrina más autorizada no es, en efecto, sino una duda acerca del fundamento del verdadero objeto del proceso (pretensión, contestación a la pretensión) (véase sobre ello CARNELUTTI, ob. cit., pág. 37). Para la ley española, no obstante, la equiparación continua que establece entre el juicio y el proceso la lleva en ocasiones a configurar el fondo de éste como una cuestión o serie de cuestiones, según se deduce: v. g. de la definición del artículo 1.811, de la que lógicamente se desprende que el contenido verdadero de la jurisdicción contenciosa lo da el planteamiento de una "cuestión" entre partes conocidas y determinadas.

(11) JELLINEK, *Teoría general del Estado*, 1943, pág. 497; la jurisdicción fija en los casos individuales el derecho incierto o cuestionable o las situaciones e intereses jurídicos.

ley, las voluntades particulares de los sujetos que acuden ante el Juez; concepción a la que se debe precisamente la idea clásica, muy extendida en principio, aunque después llegara casi a desaparecer, de la contienda, controversia o contestación, puesto que prescindiendo de los diversos matices lingüísticos que separan a cada uno de estos términos, se descubre en todos ellos la nota común del conflicto de voluntades que da origen con su existencia al fenómeno procesal (12).

Pero de modo más afinado, la noción de conflicto puede ser concebida, prescindiendo de esta abstracta y rigurosa intersubjetividad, como una colisión entre miembros sociales acerca de un determinado objeto con el que dichos miembros se ponen en relación. Objeto de las relaciones entrecruzadas de los miembros sociales es, en hipótesis, cualquier bien de la vida y, a su vez, la posición en que los hombres se sitúan con referencia a tales bienes de la vida es lo que se conoce con el nombre de interés. De aquí que el conflicto entre dos o más personas enfocado con relación a un cierto objeto se perfila definitivamente con un conflicto de intereses y, por ello, recogiendo esta misma idea, se propugna un concepto del proceso como instrumento destinado a resolver conflictos de tal clase (13).

Todavía, en el intento de proponer un concepto del proceso que responda a los más frecuentes aspectos del mismo ofrecidos por la realidad social, cabe entender que el conflicto que se trata de resolver viene caracterizado, en último término, por encima de la discrepancia puramente subjetiva o de sujetos con relación a un cierto objeto, como una colisión de actividades entre los diversos miembros de la comunidad, es decir, como una incompatibilidad exteriorizada entre varias actitudes dinámicas asumidas por las partes que dan lugar al conflicto. Se puede pensar aquí en un contraste entre puros estados de actividad o bien llevando la idea dinámica a su final desarrollo, en un contraste entre acaecimientos que se oponen entre sí. Esto es lo que ocurre cuando alguien pretende hacer algo y otro de alguna manera lo impide, o sea, cuando se produce un choque entre una pretensión y una resistencia que se le opone. La colisión de pretensiones

(12) La identificación entre el proceso (juicio) y el conflicto de voluntades (controversia que ha de ser decidida), se encuentra acentuada en la doctrina del derecho común por obra principalmente de la orientación canónica. Todavía entre nosotros, FÁBREGA, *Procedimientos judiciales*, s. f., pág. 319, después de establecer una equiparación (que más tarde desarrolla) entre juicio lógico y juicio judicial o jurídico afirma, siguiendo a los canonistas, que este último es la controversia y decisión legítima de un negocio o causa ante y por un Juez competente. Para la ley española, por otra parte, la equivalencia es muy frecuente: véanse especialmente los sinónimos que contienen a este respecto las frases iniciales de los artículos 481 y 487 (comp. con art. 486).

(13) La importancia de la noción de interés para el proceso, siguiendo, sobre todo, las enseñanzas de CARNELUTTI, ha sido muy acentuada por JAEGER; *Diritto processuale civile*, 1944, en un amplio desarrollo del tema en el que llega a considerar como litigio el conflicto de intereses (instrumentales) que tienen por objeto el contenido de la resolución jurisdiccional.

(en sentido sociológico), o mejor de una pretensión con una resistencia, serviría así para calificar específicamente el fenómeno procesal (14).

Mas cualquiera que sea la elaboración concreta con que aparezcan formuladas las doctrinas del conflicto, todas ellas se hallan por fuerza sometidas a una doble y decisiva crítica. De un lado resultan materialmente excesivas al atribuir al proceso una base sustancial más amplia de la que éste realmente exige. De otro lado resultan formalmente insuficientes al no dar explicación adecuada a la figura particular del proceso como construcción específica del ordenamiento jurídico.

Las doctrinas del conflicto son materialmente excesivas porque es innecesario acudir a la compleja noción del choque social para explicar el nacimiento del proceso. Ciertamente, con frecuencia suele ocurrir que el proceso nace porque con anterioridad a su desarrollo dos o más sujetos han disputado entre sí de alguna de las maneras antes señaladas. Pero, en el fondo, la real existencia de un conflicto resulta indiferente para que el proceso se dé como tal o no. La reclamación ante un juez provoca siempre un proceso con o sin colisión previa. La colisión puede preexistir al proceso, pero puede no preexistir bien porque de hecho el reclamante no la haya suscitado (15), bien porque de derecho no haya colisión material imaginable acerca del objeto a que el proceso se refiere (16). Si el acreedor sin previo re-

(14) Esta es la conocida y justamente famosa concepción carnelluttiana, la cual mediante una depuración constante a través de su copiosa obra, ha llegado a proponer últimamente: CARNELUTTI, *Instituciones*, cit. págs. 29 y ss., como fórmula definidora del proceso (por lo menos del proceso contencioso) la de la justa composición de una litis, entendiendo por litis el conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (contradicha), habiendo, pues, que atender para la caracterización del conflicto que constituye el objeto del proceso, no sólo a la estricta colisión de intereses, elemento material, sino a la pretensión y resistencia que de ella emana, elemento formal. En España puede conducirse a esta doctrina, pese a las variantes terminológicas, la opinión de LOTS, *Proceso y forma*, 1947, pág. 84, para quien la función procesal es la discriminación de una interferencia entre una pretensión y un estado protegido.

(15) V. g., un acreedor demanda a su deudor ante los Tribunales sin haberle reclamado extrajudicialmente el pago de la deuda. No cabe decir que aquí el conflicto existe siempre por la contraposición de las posiciones jurídicas en que se hallan acreedor y deudor. Pues entre un acreedor y un deudor que no se opone ni resiste al pago no existe, evidentemente, conflicto alguno; podrá haber, si se quiere, antagonismo de intereses (y aun eso se podría discutir) más no colisión. Y el que el allanamiento inmediato con pago del deudor extinga el proceso, no impide en absoluto que éste haya existido válidamente y sea eficaz (aparte la eventual condena en costas del demandante), por lo cual la hipótesis tiene pleno derecho a ser tenida en cuenta en una definición correcta del fenómeno procesal.

(16) V. g., un cónyuge demanda a otro para obtener del Juez la anulación o disolución del vínculo matrimonial. Aquí la tesis aparece aún con mayor fuerza que en el caso anterior. El conflicto entre los cónyuges acerca de la subsistencia o no del vínculo que los une, nada tiene que hacer en el proceso correspondiente; los cónyuges podrán o no disputar entre sí acerca de este extremo, pero el proceso de anulación o disolución queda al margen de tal circunstancia; ni la avenencia entre los cónyuges hace inútil el proceso (el

querimiento demanda a su deudor el pago, no puede decirse que existe propiamente un conflicto social preprocesal; en aquellos casos, sobre todo, en que no se da la titularidad de intereses materiales contrapuestos, la idea del conflicto se descubre como totalmente irrelevante en el ámbito procesal (17). Lo importante para el proceso no es evidentemente el conflicto, que no resulta necesario que exista, sino la reclamación ante el Juez, que puede ir o no ligada con aquél (18).

Las doctrinas del conflicto son, además, formalmente insuficientes porque aun suponiendo que existiera siempre un conflicto *inter partes* previo el proceso, el mero planteamiento de aquél no determinaría sin más el nacimiento de éste. El que dos o más miembros de la comunidad peleen entre sí no suscita *ipso facto* el fenómeno jurídico de que su discrepancia sea resuelta mediante un proceso. Hará siempre falta que de alguna manera la disputa sea conducida o llevada ante quien ha de dirimirla, es decir, será preciso que la sustancia del conflicto, delimitada con anterioridad al proceso mismo, asuma la forma procesal específica que justifique su existencia como tal proceso (19).

demandado no podría, aunque quisiera, satisfacer al actor) ni la colisión de hecho entre ellos prejuzga la suerte o el contenido de la resolución final. Es importante observar que el caso, menos frecuente en el proceso civil, asume una importancia enorme en otras ramas procesales: sobre todo en la penal (donde las reiteradas tentativas de dar estructura a un conflicto preprocesal o extraprocésal han conducido siempre al fracaso), y quizá también en lo administrativo.

(17) ¿Podría acaso decirse que estos son fenómenos anormales? Ya acaba de verse que ello sólo es cierto, cuantitativamente, respecto del proceso civil, pero aun con relación a éste, la anormalidad debe ser negada. No se trata de procesos sin causa o de procesos *sin litis* que deban llamarse procesos impropios para diferenciarlos de los auténticos; sobre lo cual véase DI SEREGO, *Il processo senza lite*, 1930, siguiendo la dirección carneltuttiana. Pues entonces, a falta de un requisito básico del proceso éste deberá terminar sin llegar a su fin normal: la decisión del Juez; cuando es evidente que aun en el supuesto de que hubiera que rechazar una demanda sin conflicto por falta de interés en el demandante, ello se haría en la sentencia definitiva. Y, por otra parte, ¿cómo calificar jurídicamente a los actos a que da lugar una demanda de tal clase?

(18) La negación de las doctrinas del conflicto es indispensable, por otra parte, para seguir manteniendo la tesis unitaria de la institución procesal, pues ya se ha visto que en otras ramas distintas del proceso civil la idea del conflicto, aun reducida a ser una explicación de aquello *quod plerumque accidit* en el proceso, resulta inadecuada. Especialmente, en cuanto al proceso penal, su inaplicabilidad parece clara. Recientemente, sin embargo, VIADA, *Lecciones de derecho procesal penal*, 1950, págs. 3 y ss., propugna la doctrina del conflicto para el proceso penal, considerándolo como un instrumento ideado para resolver un conflicto de intereses que surge entre la misma colectividad: conflicto entre el interés de castigar al culpable y el interés de evitar la condena del inocente, sobre cuya refutación véase lo que decimos en *Revista de Derecho procesal* (español), VI, pág. 536.

(19) Una reclamación extrajudicial, desatendida o no extrajudicialmente, no da lugar por sí sola a un proceso, lo cual es evidente. Hace falta algo más, sea lo que sea, para que el conflicto preprocesal engendre un proceso. Y si la reclamación extrajudicial difiere de la judicial, esta prima sobre aquélla; la primera carece de soberanía para alterar o modificar el ámbito

El punto de enlace entre tal pretendida sustancia y ésta, indispensable pero inexplicada forma, es precisamente lo que no aclara la teoría del conflicto en ninguna de sus manifestaciones.

Por lo tanto, la concepción del proceso como un instrumento de resolución de conflictos lleva a consecuencias de un lado superfluas, de otro deficientes para la justificación de tal figura.

c) Las teorías jurídicas, distintamente a las que se acaban de exponer, dejan en la sombra la materia social a que el proceso se refiere y colocan el centro de gravedad del concepto que proponen en la explicación del proceso como figura jurídica pura. De la misma manera que las teorías sociológicas eran susceptibles, hoy por hoy, de un enunciado sintético mediante la fórmula general de la resolución del conflicto, las teorías jurídicas pueden igualmente ser descritas con una rúbrica común que las englobe, a pesar de sus internas discrepancias, en la idea general de la actuación del derecho. En efecto, para este grupo de teorías con una u otra variación, desde luego de extraordinaria importancia, el proceso, lo que hace en definitiva, es llevar a cabo una misión de realización o puesta en práctica, actuación en una palabra del derecho mismo.

La base común de todas las teorías de este grupo puede ser descrita también en términos generales suficientemente comprensivos. Se parte aquí de la proposición elemental de que el ordenamiento jurídico o conjunto de normas que integran un cierto derecho, dado que está compuesto por leyes que no son de cumplimiento inevitable, sino defectible, puede resultar en la práctica desconocido o vulnerado, tanto en sí mismo cuanto en las concretas posiciones jurídicas que se atribuyen a los destinatarios de tales normas. Nacen así inactuaciones del derecho que no deben ser en absoluto desatendidas, puesto que por un razonamiento análogo al que se ha visto en cuanto a las doctrinas del conflicto, resultaría que de no preocuparse jurídicamente de estas inactuaciones se pondría en peligro la justicia pacífica de la comunidad. El ordenamiento jurídico no excluye, desde luego, la actuación, realización, puesta en práctica del derecho por obra meramente privada, ya de los interesados, ya de un tercero, sobre todo de los primeros, originándose con ello la importante, aunque actualmente limitada, institución de la autodefensa o autoayuda (20). Pero este remedio de la autodefensa o autoayuda se comprueba inmediatamente como

de la segunda. ¿Podría darse una demostración más convincente de la insuficiencia de la noción de conflicto (extraprosesal) para dar a conocer lo que el proceso sea?

(20) La autodefensa o autoayuda pasa lógicamente en esta concepción a ser el primer capítulo, o si se quiere el capítulo preliminar del Derecho procesal. En este sentido revestían gran significación las explicaciones de BECEÑA, *Temas de Derecho procesal civil*, s. f., que solía dedicar la primera de sus lecciones al análisis de la subsistencia de casos de defensa privada en nuestra ordenación jurídica. El enlace entre una y otra figura es, por ello, constante en el pensamiento procesal: lamentamos no haber podido conocer la reciente obra de ALCALÁ ZAMORA sobre la materia.

una solución de empleo totalmente restrictivo, puesto que dejar a la pura fuerza privada la actuación del derecho llevaría consigo el que dependiese de la fuerza real de los interesados la restauración del orden jurídico y así, por abuso o por defecto, esta restauración vendría malograda las más de las veces. La reparación de las infracciones jurídicas no debe hacerse, pues, de modo normal, sino mediante una vía pública confiada al poder del Estado, hablando en términos generales; de aquí que el ordenamiento jurídico instituya una figura especial destinada a remediar las inactuaciones señaladas mediante la realización coactiva del derecho, logrando así su protección o tutela que sería, de este modo, la esencia del fenómeno procesal.

Ahora bien, dentro de las teorías de la actuación del derecho la variedad de concepciones con que pueden formularse es también, como antes se dijo, de radical importancia.

En primer término hay que distinguir aquellas teorías que consideran que las infracciones jurídicas que el proceso trata de remediar son desconocimientos o vulneraciones de los derechos subjetivos: la llamada concepción procesal subjetiva, y las doctrinas que entienden más bien que el remedio procesal, se aplica no a los derechos subjetivos particulares, sino al derecho objetivo genéricamente considerado: la llamada concepción procesal objetiva o concepción objetiva del proceso.

En el primer caso, el proceso vendrá lógicamente definido como un instrumento de actuación (protección, tutela) de los derechos subjetivos de los particulares. Se dirá que el proceso existe precisamente para que aquellos derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico concede, pero que en la práctica no son respetados, encuentren un medio de realización de suficiente garantía. De este modo se ha defendido durante largo tiempo (21) una concepción del proceso estrictamente ligada a la concepción del derecho subjetivo material en las distintas ramas del ordenamiento jurídico. Sin embargo, dentro de este grupo existen doctrinas aisladas que, comprendiendo la objeción fundamental que cabe hacer contra ellas, a saber, la inexistencia de un auténtico derecho subjetivo en multitud de verdaderos procesos: acción declarativa civil, querrela penal, recurso contencioso administrativo, perfilan la fórmula subjetiva del proceso hablando, no de derecho subjetivo estricto, sino de posiciones individuales que pueden tener o no este carácter; por ello, se ha definido a veces el proceso como un instrumento de tutela de la esfera jurídica del particular considerada en su integridad (22), o de situaciones jurídicas individuales (23), o de

(21) ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, 1946, pág. 8, cita entre los seguidores de esta teoría a HELLWIG, GERBER, KISCH, MANFREDINI, SIMONCELLI, CASTELLARI y CAMMEO.

(22) SIMONCELLI, según CHIOVENDA, *Principios*, cits. I, pág. 201.

(23) SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1910, pág. 2, el cual, a pesar de ser citado en ocasiones como defensor de la doctrina objetiva, dice, inequívocamente, que el proceso civil sirve a la protección del derecho privado de los ciudadanos, aclarando que tiene por finalidad la restauración

poderes jurídicos atribuidos al particular (24) con objeto de desligar en lo posible la idea del proceso de la del derecho subjetivo material, sin prescindir de la asignación a aquél de una finalidad de tutela puramente particular o privada.

En el segundo caso, es decir, en el de la concepción del proceso como un instrumento de actuación del derecho objetivo genéricamente considerado, se encuentra indudablemente la que cabe considerar doctrina dominante del derecho procesal moderno (25). Según tal doctrina dominante, lo que el proceso protege o tutela no son los derechos de los particulares, sino el mismo y propio derecho objetivo, el cual, necesitado en cuanto declaración genérica que se concreta particularmente en la vida real, de una auténtica efectividad, viene a obtenerla a través del mecanismo judicial, que sólo se propone en realidad actuar la ley utilizando como mero instrumento los intereses particulares de los litigantes que a ellos acuden. Ahora bien, la norma jurídica puede considerarse en su totalidad o en alguno de los grandes elementos que la componen: supuesto de hecho y consecuencia o sanción. La mayor parte de las teorías incluidas en este apartado hablan de la actuación del derecho de una manera total, pero no faltan las que matizan incluso con pretensiones de heterodoxia respecto a la opinión común el elemento concreto de la norma jurídica que el proceso realiza, defendiendo en ocasiones que el proceso protege al supuesto de hecho de la norma jurídica, asignándole como finalidad la fijación de los datos de que depende la aplicación de una norma (26),

de las situaciones jurídicas individuales lesionadas, si bien reconoce también la finalidad de la realización de la justa situación jurídica objetiva.

(24) SATTI, si se aplica a este problema su crítica de la orientación publicística del proceso, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo en Rivista di diritto processuale civile*, 1937, I, pág. 32 y sigs., si bien, como luego se verá, hay también motivos para afiliar a este autor a la dirección objetiva.

(25) La doctrina objetiva, esto es, la que configura al proceso como un mecanismo de realización del orden jurídico (derecho objetivo), prevalece, en efecto, con mucho en la moderna teoría procesal. En Alemania se recoge a partir de WACH, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1885, pág. 1 y sigs., en el sector más importante, cuantitativa y cualitativamente, de la ciencia procesal, como puede verse, con más o menos matices, en las obras de ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1949, pág. 1, GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, 1936, pág. 1, y SCHONKE, *Zivilprozessrechts*, 1949, pág. 2 y sig., por no citar sino los nombres más significativos (aunque no falten en estos autores concesiones a teorías diferentes de la objetiva pura). En Italia, la doctrina se defiende, sobre todo y muy vigorosamente, por CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, I, 1922, pág. 83 y sigs., el cual ha llegado incluso a hacer de ella una de las bases fundamentales de la ciencia procesal moderna. Por lo que respecta a España, la concepción objetiva se halla, inequívocamente, recogida en la proposición inicial de GÓMEZ ORRANEJA-HERCE, *Derecho procesal*, I, 1949: "el proceso es la forma jurídicamente regulada de la protección del ordenamiento jurídico por el Estado".

(26) Así, entre nosotros, BALLBÉ, *La esencia del proceso*, 1947, el cual, cambiando erróneamente el centro de gravedad del concepto del proceso de su función a su estructura, ve la esencia del proceso en la fijación de los datos, según los cuales ha de ejercerse la función pública.

y sosteniendo otras veces que el proceso lo que protege en realidad, poniéndola en existencia, es la consecuencia que toda norma jurídica encierra, lo que hace del proceso un instrumento de realización de las modificaciones jurídicas impuestas por la norma (27), esto es, de las sanciones (28).

Mas, inversamente a lo que ocurría con el grupo doctrinal anterior, cualquiera que sea la caracterización asumida por las teorías actuales (29), siempre resultan materialmente insuficientes y formalmente excesivas. Materialmente insuficientes porque no explican el fundamento o razón social que pueda tener una actuación del derecho tan abstractamente considerada; formalmente excesiva porque no es necesario suponer como forma procesal característica la realización del derecho, ya que hay procesos sin lesión jurídica auténtica y, contrariamente, infracciones del orden jurídico que se remedian sin acudir a la institución procesal.

La crítica, por insuficiencia material de las teorías de la actuación del derecho, se descubre al observar que todas estas doctrinas parecen contentarse con una explicación puramente jurídica de los resultados que en el proceso se obtienen, pero no determinan la necesidad social a que concretamente respondería esa actuación procesal, sino que esta necesidad social, a lo sumo viene remitida, por vía indirecta o de segundo grado, al cuadro de necesidades satisfechas en primer término por el derecho que el proceso trataría de actuar (30). Sin embargo,

(27) SATTI, *Teoria e pratica del processo*, 1940, pág. 57 y sigs., que, después de rechazar las doctrinas subjetivas, objetivas y de composición de la litis, coloca como fundamento de su concepción la idea de tutela del ordenamiento jurídico, pero entendiendo por tutela el conjunto de medios (que provocan las modificaciones jurídicas necesarias) para que la actividad de los miembros de la comunidad se ajuste a derecho.

(28) REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, 1939, pág. 39 y siguientes, que considera a las sanciones y a su aplicación como la materia de la justicia, definiendo a ésta como la función que se ejercita cuando, por la inobservancia de las prescripciones establecidas por las normas jurídicas, hay que aplicar las sanciones con que aquéllas conminan.

(29) La posibilidad de fusión de las doctrinas subjetiva y objetiva, a base de una yuxtaposición de sus elementos integrantes, no hace desaparecer la crítica desfavorable que semejantes teorías merecen por separado. Tal yuxtaposición no es del todo infrecuente; puede verse, entre nosotros, v. g., PRIETO CASTRO, *Exposición del derecho procesal civil de España*, 1941, pág. 8, para quien el proceso cumple una misión de defensa del orden jurídico y tutela el derecho de la parte que, en el curso de él, haya demostrado poseerlo. Pero la agrupación de ideas, aparte de renunciar a una caracterización exacta del fenómeno procesal, acumula contra sí las objeciones que se formulan aisladamente contra las teorías subjetiva y objetiva, que, mutuamente, ni se complementan ni se defienden.

(30) El carácter secundario o indirecto de la función procesal (jurisdicción) aparece, desde este punto de vista, muy acentuado por Rocco, *La sentenza civile*, s. I., pág. 11 y sigs., ya que si bien habla de satisfacción directa de intereses por el Estado, la define luego como actividad sustituida a la de aquellos a quienes la norma jurídica prescribe para la tutela de determinados intereses determinada conducta no observada por ellos, idea afín, en el elemento de la sustitución o subrogación, al extendido concepto chiovendiano de jurisdicción, y que pone de mani-

cuando se acude ante el Juez, la finalidad primaria que con el proceso se persigue no es la de dar lugar a esta tutela de segundo grado en que se hace consistir el proceso, sino a la protección de primer grado que en el proceso verdaderamente se deduce (31). Resulta de una arbitraria sutileza el considerar como principal preocupación procesal la de saber no ya si la parte que reclama tiene derecho a obtener lo que pide, sino la de determinar si tiene derecho a esa reclamación (32). La finalidad social perseguida por el proceso se halla, sin duda, en un aquietamiento justo de la vida de la comunidad, y no puede decirse que esta finalidad se conseguiría con la simple declaración judicial recaída en torno a la tutela instrumental que se configura como objeto del proceso. Lo que actor y demandado quieren fundamentalmente fijar no es si su derecho a obtener la tutela jurídica existe o no, sino, efectivamente, la obtención pura y simple de la misma. Y aunque se diga que el fin genérico del proceso no se confunde con el propósito específico de los diversos sujetos que en él actúan (33), esto, que en sí mismo es una verdad, no puede llevar al desconocimiento de tales propósitos, sino a su superación en una síntesis unitaria que no los ignore, sino que los coloque en una perspectiva científica más adecuada.

fiesto cómo la concepción del proceso como una actuación del derecho obliga a colocar la materia social que en el proceso se debate en un plano de mera incidencia o reflejo, pues el juez no debería ocuparse por definición de los intereses sociales de un modo primario, sino de un modo supletorio tan sólo.

(31) Basta pensar, en efecto, que, realmente, ninguno de los sujetos procesales se ocupa de esta pretendida tutela de segundo grado, sino de los intereses primarios que en el proceso son deducidos. El juez no indaga la razón de una protección del derecho, sino de una protección de un interés directo y primario; las partes no discuten sobre su situación en el proceso (normaknente), sino sobre su situación en la vida, aunque esta situación en la vida se contemple ineludiblemente a través de una situación jurídica procesal.

(32) A esto llevarían, en efecto, las doctrinas jurídicas en su más puro significado. Cuando REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, 1911, pág. 74, observa, respecto a las sentencias constitutivas de impugnación que a ningún Juez se le había ocurrido que el extremo a decidir no es, si debe anular el acto, sino si el actor tiene derecho a esa anulación. CHIOVENDA, *Principios*, cits., pág. 227, n. 1, le replica que el cambio no es el objeto de la sentencia constitutiva, porque, rechazada la impugnación, no pasa en cosa juzgada la existencia de la relación jurídica que se atacó. Pero esto nada dice en contra del error de perspectiva denunciado por el primer autor: la anulación pretendida es el verdadero objeto del proceso sin reflejo ulterior, naturalmente, en caso de desestimación, sobre la posible existencia o no de la relación atacada.

(33) Esto es cierto en principio, pues no cabe negar la existencia de un fin procesal distinto de los fines particulares de los diversos sujetos que en el proceso intervienen. Ya hace tiempo, GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, 1943 página 29, hablamos de un fin del proceso considerado como institución pública, si bien sin superar entonces la dualidad de posiciones subjetiva y objetiva ofrecida por la doctrina. Mas, como se afirma a continuación en el texto, una cosa es que haya un fin procesal general, distinto de las finalidades particulares de los sujetos que en el proceso intervienen y otra cosa es que aquel fin se desconecte totalmente de éstos (que son verdaderos fines jurídicos y no simples móviles privados), colocándose la esencia del proceso en algo que nada tenga que ver con lo que dentro de él típicamente se hace.

La crítica del exceso formal de estas doctrinas aparece igualmente fundada en un examen a fondo de las mismas. En efecto, y ello constituye, quizá, la objeción máxima contra este tipo de doctrinas, si su idea esencial fuera cierta no se comprendería por qué no nace un proceso tan pronto como surge una inactuación del derecho subjetivo o del derecho objetivo. Evidentemente, ello no ocurre así: una lesión jurídica subjetiva u objetiva no bastan para producir un proceso, y no por el simple hecho de su eventual desconocimiento, sino por su radical inidoneidad para engendrar el fenómeno procesal. Para que el proceso exista es necesario siempre que la lesión se deduzca, mediante un instrumento específico, ante el Juez. Por lo tanto, existen muchos casos de verdaderas inactuaciones de derecho que no se corresponden con otros tantos procesos concretos, y ello basta para demostrar la imposibilidad de establecer un correcto paralelo entre una y otra figura (34).

En definitiva, la concepción del proceso como un instrumento de actuación del derecho lleva a resultados de un lado innecesarios, y de otro, exagerados para la explicación de la institución.

d) Pero el análisis de las diversas teorías anteriores no ha sido inútil a pesar de las consecuencias negativas que con él se han obtenido. Por el contrario, ha dejado abierta la vía para un encuadramiento más ajustado a la realidad de las cosas del verdadero concepto procesal. De la conjunción de las dos críticas, curiosamente inversas, que hay que formular frente a las doctrinas expuestas, se deduce la necesidad de encontrar una doble y suficiente base de la que haya de ser definición exacta del proceso; una base, de un lado, sociológica, que proporcione el dato social a que el proceso determinadamente está vinculado; una base, de otro lado, jurídica que, recogiendo este material sociológico, aclare el tratamiento peculiar que el derecho le proporciona (35).

El planteamiento sociológico de la concepción del proceso tiene que partir obviamente de premisas análogas a las que sirvieron para fundamentar las teorías rechazadas de la resolución de conflictos y de la actuación del derecho, puesto que estas premisas, por su misma simplicidad, no pueden ser objeto de una absoluta sustitución.

En efecto, hay que arrancar en este punto de la misma esencia

(34) Evidentemente, si el concepto jurídico del proceso cubre formas objetivas que no todas le corresponden, esto quiere decir que es un concepto formalmente exagerado.

(35) La tentativa de recoger uno y otro grupo de teorías, a la manera de BERTI, *Diritto processuale civile italiano*, 1936, pág. 1 y ss., y pág. 7 y ss., que define el proceso, de una parte como un instituto destinado a la actuación de la ley y, de otra parte, como la composición de un conflicto entre particulares, aunque constituye una valiosa confesión (siquiera sea implícita) de la insuficiencia de cada una de estas teorías consideradas por separado, no puede satisfacer, pues una y otra se mueven en órbitas antagónicas, y en realidad a lo único que pueden llevar es a dos puntos de vista distintos sobre el proceso (según afirma el propio BERTI, loc. cit., pág. 12 y ss.), pero no a una definición unitaria (que no es lo mismo que unilateral).

del hombre en cuanto tal, y específicamente en cuanto ser que convive con otros, que existe, no solo, sino con sus semejantes, influyendo en ellos y siendo forzosamente influido por ellos. La filosofía general ha puesto hoy de manifiesto la importancia de esta dimensión radical del hombre en cuanto hombre, de este su ser coexistencial que le impide alcanzar su plenitud aisladamente y le obliga a un contacto con los otros, de los que toma apoyo y de los que recibe repercusiones esenciales. La esencia coexistencial del hombre como base radical y primaria de las conclusiones que luego se exponen tiene la suficiente firmeza como para que no sea inicialmente discutida (36).

Ahora bien, el paso adelante que hay que dar en la construcción sociológica del fenómeno procesal, una vez establecido el carácter del hombre como ser coexistente, no hace sino desarrollar esta indiscutible idea primitiva. La tesis fundamental que se propone aquí como elemento indispensable de la concepción ulterior es la de que el hombre, por el hecho de que coexiste con otros hombres, alcanza, efectivamente, su plenitud de ser humano, pero sufre también, en cuanto el mundo en su contorno le hace comprobar su limitación, de una insatisfacción profunda frente a otros hombres. Así como la calidad coexistencial del hombre era indispensable para él, así también esta consecuencia de su plenitud social y de su insatisfacción social son también inevitables en el destino humano y unidas forman la compleja trama de su individual grandeza o miseria. No sé si podría decirse en términos indiferenciados que el hombre es un animal insatisfecho, insatisfecho precisamente en relación con los que conviven con él. Lo que sí cabe afirmar es que de esta insatisfacción del hombre arranca una de sus básicas actitudes sociales, la queja; la reclamación o protesta, que está siempre dispuesto a formular en cualquier momento, por cualquier motivo, en mayor o menor medida, según su temperamento y ambiente, pero siempre en un núcleo irreductible de su intimo ser como parte indispensable de su entraña. Por lo mismo que el hombre es un animal insatisfecho, el hombre es un animal que se queja, un ser plañidero. Las quejas humanas pueden derivar, efectivamente, en verdaderos conflictos intersubjetivos cuando la actitud del que se queja es intentar su propia satisfacción directamente y alguien se le opone, pero para la comprensión sociológica de la figura que aquí nos ocupa, ésta, posible y desde luego frecuente agravación de la queja social humana, es irrelevante. Al hombre hay que atenderlo, en una mínima medida, por su reclamación y no por los efectos de ésta; peleará, pero aunque no pelee, si ha reclamado, ha obligado ya a un mecanismo de atención social a que se ocupe de él (37).

(36) Sobre las bases de filosofía general en que esta ideología se asienta, v. ORTEGA, *Obras completas*, 1943, *passim*.

(37) ¿Existencialismo? La palabra no debe, científicamente, ni subyugarnos ni repelernos. Si una cierta tesis se demuestra como intrínsecamente correcta, su coincidencia, real o aparente, con determinada ideología general, aceptable o no, resulta indiferente como motivo de acogida o de repulsa. Por ello, el que se diga que la concepción propuesta por nosotros para el proceso arranca de una

Es, pues, necesario encontrar un remedio a esta persistente necesidad de la insatisfacción interindividual. Hay que tener presente que la comunidad humana se propone resolver los problemas del individuo que exceden de las fuerzas de cada uno de los miembros y en la medida en que ello sea posible. La insatisfacción de cada miembro de la comunidad frente a los restantes, tan pronto como adquiere carácter social, esto es, tan pronto como sociológicamente se exterioriza, obliga a pensar en la necesidad de remediarla.

Debe siempre insistirse en que el apaciguamiento de conflictos es una finalidad afín, desde luego, a ésta, pero que no se identifica con ella, sino que a lo sumo debe considerarse como una de sus eventualidades.

No sería posible indagar aquí las estructuras y funciones sociales que desempeñan el papel de remedios de la insatisfacción interindividual. Interesa tan sólo aclarar qué hace el ordenamiento jurídico con ella, puesto que el derecho, servidor de la sociedad en máximo grado, tiene que quedar afectado lógicamente por un problema tan constante y extenso como el de la queja social humana. Ahora bien, esto nos lleva ya, del terreno sociológico en que encontrábamos el problema hasta ahora, al terreno jurídico que constituye la segunda de las bases del concepto investigado.

Es preciso afirmar, desde luego, que la base social del proceso se coloca en esta reclamación de un individuo frente a otros para saber a continuación qué tratamiento jurídico recibe. El planteamiento jurídico de la concepción del proceso que se propone arranca, efectiva-

premisa existencialista, según hemos oído últimamente con cierta frecuencia, no tiene entidad bastante para estimar que hay una adhesión o una crítica eficaces respecto a aquella concepción. Conviene decir, no obstante, que entre la postura existencialista (aun reconocida su interna variedad) y la teoría procesal que se explica en el texto hay suficientes divergencias como para no verse obligados a mantener que sea la segunda una fiel derivación de la primera. En particular, dos puntos concretos alejan nuestra concepción de una idea existencialista, por lo menos en las formulaciones radicales de ésta, que son las más directamente censurables. Primeramente, que no reducimos la problemática humana a su dimensión existencial, ni la existencia del hombre a una plena insatisfacción, ya que lo que se afirma es la aparición en el hombre como ser social de esta posible actitud, pero sin que se limite la esencia humana a un complejo de actitudes vitales, ni todas las actitudes vitales a la queja intersocial: una cosa es que en el hombre haya insatisfacciones y otra que el hombre sea insatisfacción y nada más. En segundo lugar, que la idea de insatisfacción no es absolutamente una idea irracional y vitalista, que expulsa de sí todo ingrediente lógico o, incluso, voluntario (pues hasta la voluntad se excluye a veces de una concepción existencial para refugiarse en una pura explosión sentimental); insatisfacción no quiere decir mero disgusto afectivo, ni mucho menos, exagerando la nota, angustia ante el mundo; sino simple disconformidad con un cierto estado de cosas que, independientemente o no de su realidad objetiva, aparece impregnada de todos los elementos que componen al hombre como tal: inteligencia, voluntad y sentimiento, en una cierta medida. De aquí que, más que existencialismo, nos parezca que debe hablarse, en relación con el entronque general de nuestra posición, de humanismo. ¿Y acaso el auténtico humanismo jurídico no es una de las posturas que más urge restaurar en la construcción filosófica de nuestras disciplinas?

mente, del dato social afirmado en la exposición anterior: la existencia de una actitud de reclamación del hombre respecto a sus semejantes. Sin embargo, para desarrollar debidamente este segundo y definitivo planteamiento jurídico conviene fijarse, en general, en cuál es el mecanismo por el cual el derecho intenta solucionar los problemas sociales y cuál es la aplicación particular de tal mecanismo al presente caso.

Si observamos la relación permanente en que parecen hallarse las concretas necesidades sociales con los instrumentos jurídicos que las recogen, descubriremos, como característica constante, que la forma o figura jurídica aparece siempre como una sustitución de la materia social auténtica, que viene a transfundirse en una construcción artificial del legislador, desvaneciéndose en su pura materia para quedar sólo como mera forma creada. El derecho se acerca a la sociología siempre de la misma manera; toma de ella los problemas cuya solución postula la comunidad, establece un esquema de instituciones artificiales, en las que trata de reflejar o sustituir las estructuras y funciones puramente sociales del fenómeno, y, una vez realizada esta labor de alquimia, se despreocupa íntegramente de aquella materia social para operar sólo con las nuevas formas creadas. La verdad es que el derecho, para salvar a la sociología, no tiene más remedio que matarla.

Cuando el derecho, v. gr., se encuentra con el problema social de la unión natural de los sexos crea una figura específica llamada matrimonio, y monta en torno a ella todo el tratamiento jurídico de esta cuestión, desentendiéndose de la realidad sociológica que pueda seguir corriendo por debajo o al margen de esta figura; cuando el derecho se encuentra con el fenómeno de un ataque grave a los sentimientos básicos de la comunidad, que exige una reacción social especialmente intensa, crea la figura del delito y, una vez creada, se desentiende de los ulteriores fenómenos sociales que no hayan quedado recogidos o incorporados a su figura artificial. En todo caso la forma jurídica se contrapone a la materia social: desde el punto de vista sociológico la refleja o sustituye, desde el punto de vista jurídico la desconoce o ignora. Y el que coincida la materia social con la forma jurídica no es un problema del jurista (aplicador del derecho), sino del legislador (creador del ordenamiento jurídico).

Una averiguación íntegra de la esencia de un fenómeno jurídico exige saber, pues, a qué realidades sociales obedece, pero un manejo jurídico puro de los conceptos del derecho puede perfectamente desinteresarse de esta tarea. Ahora bien, conocido esto no hay dificultad en determinar lo que el derecho en particular viene a hacer con el problema social de la queja interindividual a que antes se hizo referencia. Cabe ya, para emplear términos que nos acerquen a los que en definitiva queremos construir, hablar de esta queja interindividual como de una pretensión; pretensión en sentido sociológico, desde luego. Pues bien, el derecho se ocupa del problema de la pretensión sociológica de la misma manera que se ocupa del resto de problemas

sociales. Toma la cuestión del ámbito social en que aparece enclavada y crea, en lugar de la figura sociológica que suscita el problema, una forma jurídica específica en la que aquella se refleja. A la pretensión en sentido sociológico corresponde en el derecho la figura de la pretensión jurídica. La pretensión jurídica es el reflejo o la sustitución de la pretensión social; una vez que el derecho la ha creado no vuelve en términos generales a ocuparse de la queja o reclamación interindividual, considerada desde el punto de vista puramente social. El derecho atiende sólo a la figura que él ha creado, le dota de un tratamiento importante, y, en ocasiones (como en ésta), hasta aparatoso; olvida las conexiones sociales que tuvo la génesis de la figura que desarrolla; y se ocupa de su nueva forma, creando a veces incluso una rama entera del ordenamiento jurídico para hacerse cargo de su concepción. No otra cosa ocurre con la pretensión jurídica; engendrada por la pretensión en sentido sociológico deviene una pretensión de derecho, pero inmediatamente, al especificarse su tratamiento en un sector peculiar del ordenamiento jurídico, se convierte ya, nitidamente, en algo más concreto y limitado: una pretensión procesal, a cuya atención se dedica toda una institución jurídica básica: la del proceso (38). El derecho procesal gira en torno a este concepto; no tiene un más allá o trasfondo jurídico de primer grado del que él sería mero apéndice o la consecuencia. Más allá del derecho procesal no hay derecho civil o derecho penal, sino pura y simple sociología.

El proceso aparece así como un instrumento de satisfacción de pretensiones, una construcción jurídica destinada a remediar, en derecho, el problema planteado por la reclamación de una persona frente a otra. El ordenamiento jurídico trata de resolver este problema mediante un mecanismo de satisfacción, pero de satisfacción evidentemente jurídica y no de satisfacción intersociológica o social (39). Para

(38) Según esta idea, derecho procesal no es otra cosa que derecho de las pretensiones, o, mejor, el conjunto de normas que regulan el tratamiento jurídico de una pretensión. La pretensión es la causa del proceso: el proceso, por consiguiente, no es concebible sin la existencia de una pretensión, la cual engendra la institución procesal cuya regulación en derecho crea a nuestra disciplina. El que se diga, por lo tanto, que el derecho procesal es la causa del proceso sólo es cierto desde un punto de vista jurídico formal (igual que podría decirse que el derecho civil es el que crea el contrato, y el derecho penal el que crea el delito, pues contrato y delito, como formas jurídicas, sólo nacen en virtud de su regulación por la norma de derecho). En este sentido debe aclararse la duda que (recogiendo una opinión de GRISPIGNI) exterioriza VIADA. *Lecciones*, cit., pág. 1.

(39) El concepto de satisfacción, análogo en nuestro sistema al de protección (tutela) o actuación en otras doctrinas, exige una clara comprensión para que no dé lugar a objeciones infundadas. Obsérvese que del mismo modo que, en la noción de pretensión y siguiendo el desarrollo normal de todas las figuras jurídicas, del substrato sociológico de la queja se pasa a la forma jurídica de la pretensión procesal, lo cual refleja a aquella y la elimina, igualmente, de la idea sociológica de la satisfacción de una reclamación, se pasa a la idea jurídica de dicha satisfacción, la cual sustituye a la anterior y la convierte en irrelevante a los fines estrictos del derecho procesal. Ahora bien, el examen de los perfiles jurídicos de este concepto de satisfacción revela que no equivale al triunfo o

el derecho una pretensión está satisfecha cuando se la ha recogido, se la ha examinado y se la ha actuado o se ha denegado su actuación: el demandante cuya demanda es rechazada está jurídicamente tan satisfecho como aquel cuya demanda es acogida.

La idea de la satisfacción de pretensiones es precisamente la idea objetiva en cuya realización colaboran las voluntades particulares de los distintos sujetos del proceso (40). Ello explica que el proceso sea precisamente una institución jurídica y no un contrato, una situación o una relación o conjunto de relaciones (41). Y sólo así se comprende por qué aparece en el desarrollo del proceso en un papel absolutamente tan de primer plano la idea de la reclamación formulada ante el Juez (42). Los tres postulados esenciales del proceso: todo proceso

logro práctico del contenido de la pretensión que trata de satisfacerse, sino a su examen razonado, juicio en torno a ella y pronunciamiento imperativo, según el resultado que dicho juicio arroje. Como más adelante se indica en el texto, el pretendiente satisfecho no es sólo aquel que ve actuada su reclamación, sino también aquel a quien se le deniega, con tal que ello se haga después de atender, ponderar y decidirse acerca de la pretensión misma (por lo que puede emplearse también la fórmula de la decisión de las pretensiones como concepto definidor del proceso, aunque esto revela más bien, y desde una perspectiva parcial, el fundamento externo del proceso y no su último e íntimo sentido). Por ello no cabe rechazar la noción de la satisfacción invocando el caso del demandante vencido en el pleito el cual está jurídicamente, tan satisfecho como el vencedor. En realidad, la idea de la satisfacción jurídica es la única que, aparte de poner a la luz la razón de ser de ciertos institutos procesales (especialmente el de la motivación de las sentencias cuya significativa necesidad tanto queda desvelada), proporciona la deseada base común a los casos en que el demandante vence y a aquellos en que es vencido.

(40) Es una idea objetiva porque supera precisamente las ideas subjetivas de los particulares que acuden al proceso. El sujeto activo de la pretensión lleva como idea privada la de la satisfacción particular (no jurídica) de su reclamación; el sujeto pasivo de la pretensión aporta como idea privada la denegación de aquella satisfacción particular. La superación objetiva de estas ideas parciales la verifica precisamente el Juez sobre la base común que le proporcionan una y otra: conversión de la satisfacción privada o subjetiva en una satisfacción objetiva o jurídica. La idea objetiva de la satisfacción cubre todos los casos procesales y está mucho más cerca del verdadero contenido del proceso que no la idea de la resolución de una controversia o de la realización de un derecho subjetivo u objetivo.

(41) Puesto que el concepto de institución postula la existencia de una idea objetiva a la que se adhieren las voluntades de los diversos sujetos particulares. Ciertamente que el concepto de composición de la litis o el de realización del derecho pueden funcionar también como ideas objetivas institucionales, pero por su alejamiento radical de las actitudes de los sujetos procesales no aclara suficientemente la adhesión de las voluntades de éstos a la misma (de igual modo que la compraventa mercantil no es una institución, aunque en ella se descubra una idea objetiva: el desarrollo del comercio, dada la distancia que separa esta idea de la conducta real de los contratantes). De aquí que entendamos que el concepto del proceso como instrumento de satisfacción de pretensiones consituya el complemento natural, ya que no indispensable, de la idea del proceso como institución.

(42) La reclamación ante el Juez es la verdadera protagonista del proceso. Todo gira en torno a ella: la actividad del demandante, la del demandado (naturalmente cuando éste se contrae a la posición de tal, sin pretender él a su vez, eso es, sin reconvenir) la del órgano jurisdiccional. En particular, la conducta

supone una pretensión, toda pretensión origina un proceso, ningún proceso puede ser mayor, menor o distinto que la correspondiente pretensión (43), demuestran hasta la saciedad que el concepto de pretensión es insustituible para la elaboración de la noción procesal, y que ningún otro podría aspirar con justicia a llenar un papel semejante al suyo.

III

ACCIÓN, PRETENSIÓN Y DEMANDA: PRETENSIÓN PROCESAL Y OBJETO DEL PROCESO

Si se pregunta ahora cómo es posible que, a pesar de la evidencia de la tesis anterior, haya podido quedar de tal modo y durante tanto tiempo oscurecido el papel que la pretensión procesal asume en el proceso (44), no hay más remedio que contestar que tal fenómeno se ha

de éste debe concebirse siempre como dirigida y orientada en torno a una petición de parte. En vez de sostener que el demandante formula un proyecto de sentencia que el Juez aprueba o no, como característicamente quiere SPERL, *Il processo civile nel sistema del diritto*, en *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, 1927, pág. 819, hay que sostener que el Juez responde en la sentencia a la pregunta que plantea el demandante en su pretensión, como acertadamente (aunque sin compartir nuestras ideas) afirman GÓMEZ ORBANEJA-HERCE, *Derecho procesal*, cit., I, pág. 344.

(43) V. el desarrollo de estos postulados en GUASP, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil*, I, 1943, pág. 13.

(44) No sería justo, sin embargo, silenciar, a estas alturas, los esfuerzos doctrinales hechos en la ciencia procesal para proporcionar un mejor conocimiento del puro concepto de la pretensión procesal. De estos esfuerzos, siquiera hayan sido minoritarios y no plenamente fructuosos, nos ofrece valiosas muestras la doctrina alemana e italiana. En Alemania, por obra principalmente de ROSENBERG, *Lehrbuch*, cit., pág. 365 y ss., el cual, ya desde sus primeras ediciones, habla del objeto litigioso como de una pretensión, afirmando el puro carácter procesal de ésta, distinta del concepto correspondiente del derecho civil y determinando su concepto a base del análisis de la posición del demandante en el proceso, como aportante exclusivo de la petición y los hechos que la fundamentan, lo que le lleva a considerar la pretensión como una afirmación de derecho, de significación decisiva para los problemas de la acumulación, de la litispendencia, de la transformación de la demanda y del ámbito de la cosa juzgada: en este sentido, ROSENBERG, aunque no llegue a dar el paso decisivo de insertar la idea de la pretensión en el concepto mismo del proceso, puede ser considerado como el precursor de la doctrina, constituyendo un importante complemento de su obra los trabajos, aunque no plenamente coincidentes, de GROH, *Der Anspruch auf Rechtspflege*, en *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, LI, pág. 177 y ss., y de MAYER, *Der Prozessanspruch*, en *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, LIII, pág. 209 y ss. En Italia el interés por el tema, tras las primeras sugerencias de otros autores, aparece en DANTE ANGELUCCI, *La pretesa giuridica*, 1932, especialmente pág. 155 y ss., el cual distingue un concepto sociológico y otro jurídico de pretensión, entendiendo ésta como opinión o afirmación de poseer un derecho subjetivo y como petición al Estado de una resolución acerca del mismo, lo que hace de la pretensión un acto jurídico perteneciente a la clase de las declaraciones de voluntad y de significación procesal estricta; y sobre todo es afirmado por CARNELUTTI, *Instituciones*, cit., pág. 32 y ss., considerando a la

hecho posible en virtud de una sustitución conceptual que ha colocado, en el lugar definidor que la pretensión ocupa, otras figuras realmente distintas por su naturaleza, pero que erróneamente venían a desempeñar en la ciencia del proceso la misión que a aquella correspondía. De estas figuras dos han sido las que esencialmente han desempeñado esta equívoca misión de secuestro del concepto de pretensión procesal: una de ellas, previa en realidad, al proceso, más amplia que el proceso mismo, figurando como clave central de la problemática procesal; otra de ellas, simple particularidad del proceso, mero detalle del mismo, tratando de ejercer la tarea procesal que a la idea de la pretensión corresponde. El primero de estos conceptos es el de acción cuya explicación, compleja y dificultosa, tanto ha contribuido desgraciadamente a taponar el libre desarrollo de la evolución lógica del concepto de pretensión; el segundo de estos conceptos es el de demanda que, hipertrofiando su verdadera significación, ha intentado constituir el punto de referencia intraprocesal que, por imperativo de las cosas, se hallaba reservado también a la figura de la pretensión. La aclaración del concepto que aquí se indaga exige, por lo tanto, una alusión siquiera sea breve a los conceptos de acción y demanda en su relación con el de pretensión procesal o, mejor, al esclarecimiento de la posición respectiva en que se coloca la trilogía conceptual: acción, pretensión, demanda. Las conclusiones que se obtengan en este apartado son de la máxima utilidad para el estudio de la figura que aquí se analiza, pues, como se ha de ver a continuación, proporcionan la base fundamental que permite definir a la pretensión procesal como el verdadero objeto del proceso.

a) Realmente, por la misma estructura del término, la palabra *acción* hubiera servido sin dificultad para designar la idea a que la pretensión trata de dar hoy significado. Pero, como ya se ha puesto en otra ocasión de relieve (45), ha habido en este punto una curiosa desviación del esfuerzo doctrinal en torno a la verdadera solución del problema. La doctrina se ha esforzado, en efecto, más que por conocer la acción como génesis del proceso, por averiguar la esencia del poder jurídico a que dicha acción se halla conexcionada, viniéndose así a tratar de averiguar, no una cuestión de concreto significado procesal, sino un problema previo que rebasa los límites de tal especialidad. De

pretensión como elemento formal indefectible en toda litis y definiéndola como la exigencia de la subordinación del interés de otro al interés propio, insistiendo en que se trata de un acto, no de un poder, que no es, pero ni siquiera supone el derecho. En realidad, nuestro concepto de pretensión puede concebirse como una fusión de las ideas básicas de ROSENBERG y CARNELUTTI, tomando del primero el estricto carácter procesal, no material, de la reclamación, y del segundo su desvinculación de la idea del derecho (que tampoco es contradicha por aquél). Ahora bien, aclarado así el concepto se observa que su entidad agota todo el ámbito objetivo del proceso, que su existencia es la causa del proceso mismo y que, por ello, el proceso no puede ser definido sin acudir a la idea de la pretensión.

(45) GUASP, *Comentarios*, cit., I, pág. 330.

este modo, la doctrina procesal, llevada más allá de su cometido natural, no ha podido alcanzar un resultado satisfactorio del problema propuesto en los términos planteados y, finalmente, por obra de sus más autorizados seguidores, ha tenido que confesar la misma relatividad (e intrascendencia) del problema (46).

Si se revisa, en efecto, toda la complicada y prolija discusión en torno al concepto de acción, se observa cómo, puestos de acuerdo implícitamente los polemizantes en torno a que la meta de sus esfuerzos la constituye la determinación de la esencia de un poder y no de la naturaleza de un acto, tratan de poner en claro todos ellos cuál es el poder a que el proceso mismo, en cuanto engendrado por una actividad de parte, debe su existencia y no al acto que efectivamente le hace nacer. La misma doctrina monista, de tan sencilla y primitiva formulación, que identificaba el poder de engendrar un proceso con el poder jurídico material que servía de fundamento a la reclamación deducida (47) incurría ya inicialmente en esta desviación de conceptos, reforzando, con su confusión, la instalación en el centro mismo del proceso del concepto de acción procesal en vez del de pretensión, puesto que la acción procesal venía a constituir el objeto de la reclamación deducida en una identificación de planos científicos naturalmente errónea, pero que, mientras se mantenía, hacía superfluo el preguntarse por la necesidad a que el concepto de pretensión procesal responde. E incluso después, cuando quedaron superadas las doctrinas monistas y fueron apareciendo las concepciones dualistas en el campo del proceso, es decir, aquellas que escindían el poder procesal y el poder material sobre el que podía discutirse en el fondo del litigio, persistía el error de orientación, puesto que, por el matiz concreto de tales doctrinas, trataba de indagarse a todo trance cuál era el poder jurídico en virtud del cual se actuaba en función de su contenido, bien atribuyéndolo al particular frente al Juez (48), bien atribuyéndolo al particular frente al particular (49), pero siempre para obtener una

(46) V. a este respecto el justamente famoso artículo de CALAMANDREI, *Relatività del concetto di azione*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1939, I, página 22 y ss.

(47) La doctrina monista se caracteriza, en efecto, por reducir a una falsa unidad, y de ahí su nombre, la relación jurídica material con la que en el proceso se establece. No hay que creer, sin embargo, que los partidarios de esta doctrina no viesen diferencia ninguna entre el derecho material y el derecho procesal: el segundo era una transformación o alteración del primero, o, a veces, algo añadido, distinto, pero secundario o accesorio de él. Las flamantes teorías sobre el derecho procesal de acción como derecho instrumental o de segundo grado con relación al derecho material, no hacen, pues, en definitiva, más que reinstalar el concepto en el mismo punto en que se encontraba antes de la renovación de los estudios procesales.

(48) Según ocurre en la doctrina de la *Rechtsschutzanspruch*, fundada, como se sabe, por WACH, *Handbuch*, cit., pág. 19, y dominante, por lo menos, durante largo tiempo en Alemania.

(49) Según ocurre en la doctrina de la acción como derecho potestativo ideada por CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritto*, 1903, *Principios*, cit., I, página 43, y dominante hasta fecha reciente en Italia.

sentencia de contenido determinado. Ahora bien, cuando, más tarde (50), las teorías de la acción como derecho a una sentencia concreta, se revelaron como insuficientes, al dejar sobre todo sin explicación científica todos aquellos supuestos en que el demandante aparecía como privado de razón, y, sin embargo, como autor de una válida generación procesal, surgieron las teorías abstractas que, en un primer momento, se mantuvieron en la misma línea de pensamiento aquí criticado (51), pero, sin duda, permitieron, con su labor depuradora del concepto de acción procesal (52), observar lo que hoy ya, en nuestra opinión, aparece claro; el carácter extraprocesal de la polémica en torno al concepto de acción (53). Pues cuando se afirma que la acción es el poder de provocar una sentencia de los Tribunales, bien sea una sentencia justa, como quiere algún sector que no puede prescindir del todo de la atribución de cierto contenido a la acción, bien sea de una sentencia sin más, como quiere la teoría abstracta pura, entonces se descubre, no solamente la aptitud de esta concepción para explicar la realidad de la acción, sino también lo que hasta entonces no se veía con tanta limpieza; a saber, que el poder de provocar la actividad jurisdiccional existe desde luego, pero ni por su naturaleza ni por su contenido pertenece en realidad a la ciencia del proceso. El poder de provocar la actividad de los Tribunales sin más, sea un au-

(50) Aunque con precedentes de mucho valor representados por DEGENKOLB. *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, 1877, y *Der Streit über den Klagrechtsbegriff*, 1903, en Alemania, y Rocco, *La sentenza civile*, s. f. en Italia.

(51) Así sucede con BULOW, *Klage und Urteil*, en *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, XXXI, pág. 191 y ss., cuyo concepto de la acción como derecho a una sentencia justa ocupa un lugar intermedio entre las doctrinas concretas (derecho a una sentencia favorable) y las abstractas (derecho a una sentencia cualquiera) de la acción.

(52) Más allá de esta depuración, la doctrina no ofrece, en efecto, sino la vuelta, con más o menos matices, a las concepciones ya defendidas: o bien la vuelta al viejo concepto privatístico en su forma de identificación de derechos: SATTI, *Diritto processuale civile*, 1948, pág. 75, pese a sus reservas, o en su forma de transformación de derechos: acción como derecho medio, derecho al instrumento o derecho instrumental: LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, en *Scritti in onore di Carnelutti*, I, pág. 425 y ss., pese a sus matices también; o bien la exasperación de la tesis publicística hablando de la acción como de un ejercicio privado de funciones públicas en el sentido de ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, 1920. Para la exposición moderna del concepto en general, v. PEKELIS, *Azione*, en *Nuovo Digesto Italiano*. Un importante progreso en este terreno representa sin duda la continua elaboración conceptual de CARNELUTTI, el cual, no obstante hablar de la acción como de un derecho instrumental, frente al Juez y que representa el ejercicio privado de una función pública no nos parece que se halle muy lejos de la disolución procesal del concepto unitario de acción, puesto que hoy concibe a la acción igual que a la jurisdicción como un sistema de relaciones jurídicas: *Lezioni sul processo penale*, II, 1947, pág. 6 y ss.

(53) Tesis que hemos afirmado en otra ocasión: GUASP, *Comentarios cit.*, I, página 338 y s. sosteniendo que el concepto de acción (como derecho a obtener la actividad jurisdiccional) no pertenece al ámbito del derecho procesal y que su lugar en esta disciplina debe ocuparlo el concepto de pretensión procesal.

téntico derecho, sea una *res merae facultatis* (54), constituye un puro poder político o administrativo si se quiere (55), supuesto de la actividad procesal, pero previo a la misma y fuera por ello del mundo procesal. Del mismo modo que el civilista estudia el matrimonio sin indagar el derecho a casarse, cuestión que a lo sumo es estudiada por el derecho político, del mismo modo el procesalista tiene que estudiar la pretensión procesal sin preocuparse (entiéndase bien, como tal procesalista) del derecho a pretender qué es en lo que consiste realmente el tan debatido concepto de acción. Por ello el concepto de acción es relativo respecto al proceso porque no depende de estructuras procesales, sino que se hace independiente de ellas y funciona respetando a las mismas como una variable de distinto significado; por ello igualmente el concepto de acción procesal es intrascendente para el proceso y se pueden escribir obras de conjunto sobre el derecho procesal afines en sus resultados concretos partiendo de conceptos de acción absolutamente desemejantes.

Mientras el concepto de acción ha absorbido de esta manera la inmensa mayoría de los esfuerzos científicos de los procesalistas sobre las bases conceptuales del proceso, la figura de la pretensión ha que-

(54) Esta es, en efecto, la objeción más frecuente que se esgrime contra la concepción abstracta de la acción: su carácter, no de derecho, sino de mera posibilidad jurídica que no alcanza la categoría de un auténtico derecho subjetivo. Ahora bien, contra ello hay que decir que las posibilidades jurídicas o meras facultades no son entidades que se opongan a las del derecho subjetivo, sino ingredientes de ese mismo derecho: todo derecho subjetivo lleva consigo una o varias situaciones de prevalencia de un interés (la facultad) y una o varias situaciones de desfavor (la carga), por lo que el hacer de la acción procesal una mera facultad jurídica no es expulsarla de la configuración del derecho, sino simplemente hacerla entrar, como elemento componente en una noción más amplia: v. g., la acción como facultad integrante del derecho constitucional de petición; así, COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 1951, pág. 22 y ss. Claro está que para aquellos que quieren hacer de la acción-derecho el fundamento básico de la autonomía del derecho procesal, el hecho de que el derecho de acción no tenga carácter autónomo supone una objeción insoslayable, pero desplazado ese papel trascendental de la idea de acción a la de pretensión, la clásica refutación de las doctrinas sobre la acción como derecho abstracto se deshace por sí sola.

(55) No hay que exagerar la idea, sin embargo, hasta el punto de que por ser la acción un concepto de derecho político o de derecho administrativo, todo el derecho procesal venga a desaparecer como disciplina autónoma hasta subsumirse en alguno de aquellos sectores del ordenamiento jurídico. Por ello sólo hay que aceptar con reservas la declaración de FAIRÉN, *Acción*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, II, 1950, pág. 193, cuando afirma que el derecho procesal es una manifestación judicial del derecho público, en el cual también está incluido el político, o, como también pudiera decirse, que el derecho procesal es una manifestación del administrativo hablando del servicio público de la Administración de Justicia. El que una de las premisas de derecho del proceso, a saber, la acción, pertenezca al derecho político o administrativo no quiere decir que todo el derecho procesal se incluye en ellos, como no se incluye porque la otra premisa jurídica de la institución, la jurisdicción, forme parte igualmente de aquellos sectores. El proceso no es el desarrollo de ciertos postulados políticos o administrativos, sino una figura autónoma cuyos supuestos jurídicos son, en parte, reconocidos por dichos postulados.

dado sin esc'arecer, pues a lo sumo se aludía a ella como un mero ejercicio o manifestación práctica del poder en que la acción consistía. La acción ha sido definida en ocasiones como el objeto del proceso sin comprender que verdaderamente el supuesto de que el proceso depende, previo al mismo, no puede proporcionar la materia sobre que el proceso recae. Sólo al desplazarse el centro de gravedad de la discusión de la idea de poder a la idea de acto se descubre el equívoco juego de conceptos que durante tanto tiempo se ha producido aquí, ya que sea cual sea el poder a que el proceso debe su existencia, del proceso sólo forma parte el acto que lo origina. Es una consecuencia inevitable (que necesariamente habría de producirse más tarde o más temprano) la de que, a medida que ha avanzado la privación de carácter procesal al concepto de acción, ha venido observándose el vacío que quedaba en la institución y que no podía ser ocupado más que por un concepto de significación central y dogmática en el proceso, es decir, forzosamente por el concepto de pretensión procesal.

b) Sin embargo, el concepto de acción, usurpador en máxima medida del puesto jerárquico que al concepto de pretensión corresponde, no hubiera podido por sí solo llenar el puesto que la pretensión procesal ocupa, ya que la inmensa mayoría de las conexiones procesales particulares que van ligadas a la idea de la pretensión escapan, por su misma particularidad, a la figura excesivamente amplia de la acción. La acción, la idea soberana del proceso, resultaba demasiado elevada para encadenar a ellas las explicaciones concretas de muchas teorías como la de la litispendencia, la de la congruencia, la de la cosa juzgada y así sucesivamente (56). La doctrina dominante se veía forzada por ello, en su ceguera respecto al significado científico del concepto de pretensión procesal, a completar su idea básica de la acción con otra, ya de nete interioridad procesal, que atendiera a aquellos problemas que debían evidentemente recibir un tratamiento unitario. Se trató de encontrar esta figura, de función sustantiva asimismo inequívoca, en la idea de la demanda, es decir, en el concepto del acto que da nacimiento cronológico a un proceso, mediante la declaración de la voluntad del particular que lo pone en existencia. Este nuevo error doctrinal venía facilitado, impuesto casi, si se puede hablar así, por la circunstancia de que, en la práctica, la pretensión procesal se deduce efectivamente en el acto inicial del proceso, es decir, en la demanda, con lo cual para la mayoría de los observadores resultaba indiscutible la atribución a la demanda misma de aquellas consecuencias que verdaderamente pertenecían a la esencia del proceso. Construída la demanda como manifestación o ejercicio de la acción procesal la concepción dominante parecía hallarse satisfecha en su pro-

(56) Para la acción como derecho concreto, esto todavía sería posible, aun a trueque de reforzar la dependencia del concepto de acción de los contenidos publicísticos o privativísticos que en tal doctrina se recogen, pero, para la acción como derecho abstracto (piénsese, v. g., en la acción pen.d.), el intento resultaría inútil por completo.

puesta de integración de las figuras procesales básicas: la acción como poder de provocar un proceso, la demanda como ejercicio de ese poder al que se atribuían los efectos propios de la existencia del mismo (57).

Mas si el concepto de acción resultaba disminuido al descenderlo del plano de supuesto previo extraprocesal al plano de objeto del proceso, el concepto de demanda resultaba inversamente exagerado al ascenderlo del concepto de puro acto de iniciación del proceso a la idea del ejercicio fundamental de la acción procesal. Quedaban sin explicar con esta idea aquellos casos, ciertamente numerosos, en que puede iniciarse un proceso sin ejercicio de la pretensión procesal, pues ¿cómo vincular entonces al acto de iniciación consecuencias que evidentemente no le corresponden? ¿Dejaría la demanda de ser un acto de iniciación o dejaría de identificarse con la figura de la pretensión procesal? Toda una gama de figuras procesales concretas permanecían en la máxima oscuridad científica por esta identificación precipitada entre demanda y pretensión procesal.

La rectificación de conceptos es, en este caso, bastante más sencilla que en el anterior. La demanda, sea éste u otro el nombre que debe dársele, asume lógicamente el carácter de mero acto de iniciación procesal; la pretensión procesal, fundada o no en cuanto al trámite con la demanda, es la única que constituye el auténtico objeto del proceso, el verdadero punto de imputación de las consecuencias procesales antes aludidas (58). La pretensión procesal, ejercicio de la acción o derecho previo al proceso, se deduce en éste simultáneamente o no con la demanda, determinando de un lado el ámbito verdadero dentro del que el proceso vive, de otro, el centro de referencia al que el desarrollo procesal se remite. El binomio conceptual: acción-demanda, se resuelve, pues, más certeramente, en un trinomio: acción, pretensión, demanda sin que sea posible suprimir el significado de estos dos

(57) Sobre las relaciones entre acción, pretensión y demanda, muy especialmente, aunque, en sentido diferente al del texto, BETTI, *Ragione e azione*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1932, I, pág. 205 y ss.

(58) La tesis diferenciadora de los conceptos de pretensión y demanda se confirma rotundamente con la observación de aquellos casos en que el propio derecho positivo distingue entre una y otra actividad. Así ocurre en el derecho español, dentro del proceso civil, con la demanda iniciadora del juicio verbal o del recurso de apelación, dentro del proceso penal con la querrela y el escrito de calificación y dentro del proceso administrativo con las llamadas interposición y formalización de la demanda. No cabe decir, con GÓMEZ ORBANEJA, *Sobre una nueva entrega de los Comentarios de Guasp*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1945, pág. 578, que la petición de que comience un proceso por sí sola no es nada; desde el momento en que existe como figura jurídica tiene derecho, sin duda, a un tratamiento dogmático apropiado: ni es admisible sostener con ALCALÁ ZAMORA, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción en Estudios en honor de Alsina*, 1946, pág. 802, que (en todo caso) son dos elementos de la acción la pretensión y la instancia; aparte de la diferencia esencial entre la acción y sus supuestos elementos, una y otra pueden vivir y viven de hecho muchas veces separados, por lo cual no es posible reducirlos lógicamente a unidad conceptual.

términos repartiendo su contenido entre los otros dos, como hasta aquí ha venido sucediendo. La idea fundamental a este respecto puede resumirse así: concedido por el Estado el poder de acudir a los Tribunales de Justicia para formular pretensiones (derecho de acción), el particular puede reclamar cualquier bien de la vida frente a otro sujeto distinto de un órgano estatal (pretensión procesal) iniciando para ello el correspondiente proceso (demanda), ya sea al mismo tiempo, ya sea después que esta iniciación.

c) Así construída y deslindada de los conceptos afines la pretensión procesal aparece, según se ha anunciado ya anteriormente como el verdadero objeto del proceso, idea esencial, pero que por su misma importancia necesita de alguna aclaración ulterior.

Por objeto del proceso se entiende a este respecto la materia sobre que recae el complejo de elementos que al proceso integran, es decir, aquel sustrato, desligado de los sujetos y de las actividades que en el proceso se verifican, pero que sirve como soporte en el que unos y otros se apoyan, o sea como materia (*lato sensu*) en que se perfila el contenido del proceso todo prestándole una significación unívoca en el mundo de la realidad al que la figura pertenece.

La idea de objeto no se confunde con la de causa o principio fin con la de fin, aunque el empleo de una terminología vulgar pueda inducir en este punto a confusiones (59): no son objetos de una institución jurídica y, por ende, no lo son del proceso, el fundamento a que debe su existencia (por ejemplo, el mantenimiento de la paz justa de la comunidad) ni la función o fin que, aun de modo inmediato, está llamada a realizar (por ejemplo, la actividad satisfactiva de la pretensión).

El objeto del proceso tiene que ser, por ello, una relación, naturalmente de carácter ideal, puesto que el proceso no pertenece a la esfera de los entes tangiblemente reales, que sirven como centro de referencia de las diversas categorías procesales. Hoy ya es innecesario insistir en la afirmación de que el objeto del proceso, así entendido, no lo constituye ni la relación jurídico-material deducida en juicio, ni el bien de la vida concreto a que el proceso afecta. Pues la relación jurídico-material sólo representa en definitiva un instrumento que se actúa en el proceso a favor de una tesis determinada: ni siquiera se sabe si existe hasta la sentencia y en el caso de existir no agota con sus perspectivas todo el panorama procesal, por lo cual no puede entenderse como objeto del proceso en su realidad, ni siquiera considerada como mera afirmación de ella (60). Por otra parte, el bien

(59) Incurren en este error Lois, *La teoría del objeto del proceso*, cit., y JIMÉNEZ ASENJO, *Teoría del objeto procesal en Revista de Derecho privado*, 1950, si bien el último hace en su trabajo la oportuna aclaración.

(60) Una misma relación jurídica: la de la propiedad, puede constituir el pseudo objeto de una infinidad de procesos que inevitablemente hay que considerar como independientes entre sí. Pero no hay que deducir de esto el que la teoría de la pretensión procesal se desentienda por completo de las relaciones entre el derecho procesal y el derecho material, objeción básica que le dirigen

material a que el proceso afecta tampoco es el núcleo central objetivo del proceso mismo, pues la consideración que de tal objeto material se hace en el proceso viene envuelta en la determinación jurídica con que el objeto mismo es contemplado y tal determinación particular es decisiva a los efectos de la fijación objetiva del proceso como lo demuestra el observar que un mismo objeto material puede ser objeto mediato de un sinnúmero de procesos distintos, según el punto de vista con que se contemple en cada supuesto (61). La relación jurídico material

GÓMEZ ORBANEJA-HERCE, *Lecciones*, cits. I, págs. 63 y s. El derecho material actúa en el proceso como fundamento del contenido concreto de la decisión judicial; es evidente que por ello mismo no corresponde al derecho procesal, sino al derecho material determinar los criterios que en cada caso integren dicho contenido. Ahora bien, si se pregunta qué norma o serie de normas son las que establecen formal, aunque no materialmente, cuáles son las indicaciones que el Juez ha de tener en cuenta en su fallo v. gr., cuál es la naturaleza de la norma según la cual puede el Juez resolver en ciertos casos ateniéndose a la equidad, es lo cierto que habrá que concluir que dicha norma no es ni de derecho material (pues no proporciona el fondo inmediato del fallo) ni de derecho procesal (pues no afecta directamente a los requisitos, contenidos y efectos de la institución procesal), sino más bien un *tertium genus* que puede llamarse con la conocida concepción goldsmithiana, derecho justicial material, o de otra manera cualquiera. La radical dualidad de los ordenamientos jurídicos material y procesal (sostener la dualidad no equivale a eludir el problema de sus relaciones) exige, evidentemente, si no se quiere reducir el mundo jurídico a un caos, construir un sistema formal de intermediación que diga, ante cada caso concreto, cómo juega la solución procesal dentro del mundo material (así la teoría de la accionabilidad de los derechos) y cómo juega la solución material en el mundo del proceso (así la teoría de la aplicación por el Juez de las normas materiales, no ya en concepto de imperativos, sino de instrumentos para el fallo). Pero en esto no hay peculiaridad ninguna de nuestra disciplina: también la pluralidad de los ordenamientos jurídicos de varios países exige inmediatamente la elaboración de un sistema formal de imputación que nos diga, en cada caso concreto, cuál es el ordenamiento jurídico del país que debe prevalecer y cómo se lleva a cabo esta prevalencia; y lo mismo podría decirse respecto al derecho transitorio o, en general, siempre que estén en juego dos series de conjuntos normativos de distinto significado: derecho civil y derecho registral o derecho tributario, etc. Hay que resignarse a confesar que vivimos inmersos, no en un ordenamiento jurídico unitario como ha sido nuestra antigua ilusión, sino en una pluralidad de ordenamientos jurídicos, cuya unidad sólo se obtiene a base de la conexión que entre ellos establecen ciertas formas, explícitas o implícitas, de abstracta imputación. El problema de las relaciones entre derecho material y derecho procesal es sólo un caso particular de tal fenómeno.

(61) Un mismo bien de la vida: v. g., una finca urbana puede igualmente ser objeto de una extraordinaria variedad de procesos independientes. Y tampoco cabe objetar contra ello que la teoría que sostiene tan poco discutible conclusión ignore las relaciones que deben existir entre el derecho procesal y la vida. Pues que el bien de la vida no constituya el objeto directo e inmediato del proceso, sino a través de la consideración objetiva que de él hace la pretensión procesal, no equivale a desvitalizar el proceso. El proceso no tiene por misión repartir o atribuir primariamente los bienes de la vida, como puede hacerlo, v. g., el derecho civil o, en general, el derecho material. Se ocupa de los bienes de la vida en cuanto reclamados, y, por lo tanto, los trata meramente como posibles substratos materiales de una reclamación. La vida en el proceso debe buscarse en esta reclamación, no en los entes físicos a los que la misma se refiere. Por ello, el juego de los intereses, para quien busca en su ponderación la mecánica esencial del derecho, no se forma con los que nacen direc-

escapa a la idea objetiva del proceso por ser un concepto excesivamente amplio; el objeto material o bien litigioso escapa, contrariamente, por ser un elemento demasiado reducido. Hay que situarse entre estos dos términos para encontrar la exacta realidad de las cosas y buscar una idea que, apoyada hipotéticamente en una relación jurídica, englobe el bien de la vida como elemento subordinado que se deduce en el proceso en esta misma calidad.

¿Cuál será, pues, el núcleo objetivo central de un proceso, el ente de realidad ideal al que se reconduzcan las distintas actividades de los diversos sujetos procesales? No hay más que un posible elemento objetivo básico del proceso: la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez. En torno a esta reclamación giran todas y cada una de las vicisitudes procesales. La iniciación del proceso, la instrucción del mismo (por ejemplo, la prueba en el proceso de cognición o la realización de los bienes en el proceso de ejecución) (62) y la decisión, sobre todo (ya que en la decisión del Juez nadie dejará de ver el acto culminante de todo el proceso) tienen una sola y exclusiva referencia: la reclamación de la parte. Ahora bien, esta reclamación de parte es precisamente la pretensión procesal, pues pretensión procesal no quiere decir otra cosa que reclamación frente a persona distinta y ante el Juez de una conducta determinada. Es in-

tamente de la *res litigiosa*, sino con los que nacen de la pretensión o pretensiones formuladas en torno a dicha cosa. Ni puede saberse por qué es menos vital una figura jurídica que se refiere a quejas, reclamaciones o protestas que hay que satisfacer, que la que se refiere a créditos, derechos inmateriales, universalidades más o menos ficticias, etc.

(62) El texto establece, con fines ejemplificativos, el paralelo entre las actividades de instrucción en el proceso de cognición: alegaciones y pruebas, y las actividades de instrucción en el proceso de ejecución: embargos y realizaciones forzosas. Digamos, aunque sea de pasada, que este paralelo, si bien a primera vista puede parecer arbitrario, se descubre como más y más exacto a medida que se profundiza en el estudio de cada una de las figuras mencionadas. Por actividades de instrucción se entienden, en efecto, aquellas que tienen por objeto el conseguir para el Juez los instrumentos que inmediatamente han de servirle para la realización de su fin fundamental: la decisión. En el proceso de cognición, en que la decisión consiste en la emisión de una declaración de voluntad, los instrumentos que el Juez necesita son de carácter lógico: datos ciertos que permitan la correcta pronunciación del fallo. En el proceso de ejecución, en que la decisión supone una transformación real del mundo físico, los instrumentos que el Juez precisa son de índole material: bienes aptos para realizar sobre ellos las operaciones de dación o transformación que exige la decisión ejecutiva. Las alegaciones, como los embargos, proporcionan una primera afectación de tales instrumentos al instituto procesal: la alegación es la incorporación de un dato lógico al proceso, igual que el embargo es la incorporación de un bien físico. La prueba cómo la realización forzosa convierte dichos instrumentos, ya afectados procesalmente, en idóneos para su utilización en la decisión judicial: la prueba transforma los datos alegados en datos probados que el Juez puede directamente manejar; la realización forzosa (enajenación forzosa, adjudicación forzosa, administración forzosa) transforma los bienes embargados en bienes realizados con los que puede el juez proceder ya al final de la ejecución. De este modo se comprende, no sólo que los conceptos básicos de la ejecución forzosa pertenecen dogmáticamente a la parte general del derecho del proceso, sino, además, el lugar sistemático que en ella deben ocupar.

evitable extraer de ello la consecuencia de que el inequívoco objeto del proceso es la pretensión procesal.

No es éste el momento de indicar las importantes consecuencias dogmáticas que se obtienen de la tesis que descubre en la pretensión la cualidad de verdadero objeto del proceso; más adelante, al estudiar el valor sistemático del concepto de pretensión procesal, se reafirmará esta esencia objetiva de la figura estudiada. Cabe, no obstante, una objeción de importancia frente a la idea de que la pretensión procesal es el objeto de todo el proceso. Esta objeción se resume de la forma siguiente: si la pretensión es un acto procesal, es decir, un trozo del proceso mismo, difícilmente podrá configurarse como objeto procesal, esto es, como sustrato material del proceso íntegramente considerado, puesto que resulta contradictorio ver en la pretensión a la vez una parte y un todo del proceso. La objeción se funda, pues, esencialmente en la cualidad que a la pretensión procesal se atribuye de acto del proceso, tratando de deducir de ella la imposibilidad de una configuración procesal genérica de tal concepto. En este punto hay que reconocer que la objeción es trascendental y que merece una refutación con cierto detalle (63).

La refutación podría obtenerse, en primer término, negando, no ya que la pretensión sea un acto, ni siquiera que sea un acto procesal, sino discutiendo que, como acto procesal, se inserte parcialmente en la dinámica de cada proceso determinado. Se debería hablar de ella más bien como de un acto procesal previo a cada proceso a que la pretensión se refiere, sin incorporarlo a su seno como trámite o momento procedimental determinado (64). No es ocioso observar a este respecto que la clasificación fundamental de los actos procesales no parece tener en el conjunto de sus términos ninguno de ellos que responda a la idea exacta de la pretensión procesal. La pretensión no es un acto de iniciación, pues este papel corresponde a la demanda cuya diferencia con la pretensión procesal quedó ya puesta de relieve; la pretensión no es un acto de desarrollo porque no tiende específicamente a lograr el desenvolvimiento del proceso; la pretensión, final-

(63) V. la objeción en Lois, *La teoría del objeto del proceso*, cit., pág. 615.

(64) El acto se diferencia del trámite como el contenido se diferencia del continente. Un trámite (concepto fundamental del procedimiento y, sin embargo, muy poco estudiado) no es una actividad determinada, sino el marco formal (*lato sensu*) en que dicha actividad se desarrolla, la envoltura procedimental de la misma. El procedimiento no se compone, en realidad, de actos, sino formalmente de trámites, esto es, de estados ideales destinados a albergar dentro de sí normalmente una cierta actividad o conjunto de ellas. El que el trámite se designe con el nombre de la actividad que usualmente recoge no debe inducir a confusión: en el juicio tipo español el trámite de contestación a la demanda no puede equipararse con la contestación misma como acto; la prueba es que en aquel trámite puede el demandado allanarse o reconvenir, v. g., es decir, actividades opuestas o distintas a la pura contestación. La unidad del procedimiento, el átomo procedimental, por decirlo así, es el trámite y no el acto, y la distinción entre uno y otro ayuda sobremedida a comprender, no sólo menudos problemas de técnica procesal, sino cuestiones de primera fila de la elaboración conceptual del proceso.

mente, no es un acto de terminación, puesto que es evidente que su formulación engendra y no consume el proceso a que se refiere. Sería, pues, teóricamente posible la tesis que sostiene que la pretensión procesal, aunque acto procesal, no es un acto del proceso a que afecta, sino supuesto del proceso mismo que la condiciona y del que éste aparece dependiendo.

Sin embargo, esta primera solución de la dificultad no resulta del todo convincente. Se hace ciertamente difícil imaginar un acto procesal que no pertenece a ningún proceso, sino que se encuentra un poco flotando en el vacío, especie de éter majestuoso en el que cada proceso vendría a encontrar apoyo por no se sabe qué misteriosas conexiones. De otra parte, el concepto del acto procesal define a esta figura, no como acto que repercute en el proceso sin más, sino como acto que, repercutiendo en el proceso, se verifica dentro de éste, por lo cual, o bien esta definición dominante y aproximadamente exacta habría que rectificarla precisamente para el acto procesal de mayor significación, o bien resultaría preciso reconocer que la pretensión no es en ningún caso un acto procesal (65).

La respuesta puede venir dada por otro camino. Hay que centrar bien la atención en la idea que se pretende designar cuando se dice de algo que constituye un acto determinado. Pues en el acto y no solamente en los actos procesales, ni siquiera en los actos jurídicos, es dable observar dos perspectivas distintas a las que van ligadas consideraciones científicas de distinta naturaleza. En todo acto hay, en primer término, una mutación de realidad o modificación de un cierto existir que, cuando se contempla inmediatamente, se agota, en efecto, en un instante de tiempo determinado y no puede aspirar a fundamentar una consideración total de una realidad que alcance momentos temporales más amplios: a esto podemos llamarlo acción en sentido estricto, ya que se contempla el acaecimiento por el que se pone en existencia la modificación de la realidad en que el acto consiste. Pero en todo acto hay también otro aspecto a considerar: aquel que consiste en la nueva fisonomía que asume la realidad en virtud del acto mismo, es decir, la modificación de la realidad contemplada, no en el momento que se produce, sino en el momento o momentos en que ya se ha producido como resultado final del acto mismo: evento, si se quiere llamarlo así (66), que ya no se agota en un simple instante cro-

(65) La pretensión, por supuesto, es un acto y, como tal, se rechaza la solución esbozada en el texto de la objeción propuesta. Pero conviene retener de tal esbozo la idea de que la pretensión no es un trámite, es decir, una unidad formal de desarrollo del proceso, sino una verdadera actividad, de contenido y significación materiales para el proceso mismo. Esto ayuda a comprender por qué la pretensión puede aparecer de hecho en diversos momentos del procedimiento, ya que, si bien el trámite de la demanda es el que generalmente la recoge, nada impide que, reducido el trámite de la demanda al contenido de la demanda misma (demanda como puro acto de iniciación procesal), sea otro trámite ulterior el que encierre la actividad de la pretensión procesal.

(66) CARNELUTTI, *Instituciones* cit., pág. 251, para quien el evento es la situación final material del acto mismo.

nológico sino que perdura o puede perdurar a través de una serie de ellos, por lo cual justifica el que amplíe su poder de acción a sectores más extensos que el anteriormente considerado: a esto cabría llamar acto en sentido estricto, pues el acto no es la acción, sino el resultado de la acción misma (67). Es facilísimo observar que en cualquier figura jurídica que se define como un acto o serie de actos se dan siempre estas dos facetas de su esencia: la mutación estricta de realidad en el momento en que se produce y la realidad modificada en los momentos en que la mutación ya se ha producido; sólo así se explica que entidades unánimemente caracterizadas como actos o complejos de actos puedan constituir el objeto de relaciones jurídicas permanentes, o por lo menos que no se agotan instantáneamente: así, cuando se dice del matrimonio que es un acto o cuando se dice del contrato que consiste en una cierta actividad: ¿cómo cabría, en efecto, hacer del objeto de una convención las distintas prestaciones que las partes prometen, si estas prestaciones no fueran más que puras actividades efímeras, imposibles de aprehender para construir con ellas el elemento constante de una entidad de derecho? Por la misma razón la pretensión procesal puede ser un acto y, sin embargo, salvarse el escollo que representa para su configuración como objeto del proceso su mera calificación como estricta actividad.

La pretensión procesal es, pues, un acto procesal y al mismo tiempo el objeto del proceso, integrando este objeto, no en cuanto acción que se realiza en un cierto momento, sino en cuanto acto ya realizado que, por este mismo carácter de estado que imprime a la realidad una vez que ha influido sobre ella, hace girar en torno a sí misma el resto de los elementos que aparecen en la institución procesal.

IV

ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LA PRETENSIÓN PROCESAL

Hasta aquí lo que podría llamarse teoría trascendente de la pretensión procesal, es decir, análisis de lo que sea la pretensión procesal fuera de sí en el mundo en que el ordenamiento jurídico la destina a moverse. Queda todavía por indagar la esencia inmanente de la pretensión procesal, lo que cada pretensión procesal sea en sí misma prescindiendo de su significación fundamental, ya conocida. Ahora bien, el análisis inmanente del concepto de pretensión procesal debe descomponerse en el estudio de la estructura y de la función de esta figura, pues sólo conociendo el modo de ser y el modo de operar de la pretensión procesal tendremos la seguridad de haber alcanzado un

(67) Acto, en efecto, literalmente, no es lo que se actúa, sino lo que se ha actuado, el resultado final a que se llega después de una cierta actuación; como todos los participios pasados, aunque se hallen substantivados, como aquí ocurre, indica la acción en el estado que determina una vez realizada: igual que resuelto, definido, puesto, etc.

conocimiento, siquiera sea aproximativo, de la realidad que se designa con tal nombre.

No debe perderse de vista, al iniciar estas consideraciones, lo que se afirmó como postulado general en el comienzo del presente trabajo, a saber, que la pretensión procesal es una elaboración artificial del legislador, creada, como las restantes construcciones jurídicas, para sustituir, reflejándola, una cierta materia social. Esto quiere decir que las notas que integran la estructura y la función de la pretensión procesal son notas imputadas a su concepto por el ordenamiento jurídico, en manera alguna exigencias de su propia naturaleza material a la que el derecho no sigue siempre con fidelidad absoluta. Si se indagara, v. g., por qué la pretensión procesal exige como elemento específico el ser formulada ante un Juez o por qué la emisión de una sentencia la satisface en todo caso, no habría más respuesta a tal interrogante que la de afirmar que ello acaece así porque el ordenamiento jurídico subordina el concepto creado a la presencia de tales caracteres. De la misma manera que podría preguntarse a un penalista por qué razón es requisito de cierto delito alguno de sus elementos, más o menos artificiales, cuando el crimen considerado como fenómeno social, no lo arrastra consigo, de la misma manera cabe someter al procesalista a una cuestión de idéntico significado y su solución no puede ser otra que la del recuerdo de la naturaleza puramente jurídica que asumen las creaciones del derecho una vez que el legislador ha desplazado con ellas el fenómeno social a que originariamente responden.

Se trata de averiguar, pues, aquí, en primer término, cuáles sean la estructura y la función jurídicas de la pretensión procesal, tarea en que, como fácilmente se comprende, existe siempre un margen de oscilación considerable a tenor de cada derecho positivo, ya que la teoría general del derecho que pretendiera ser válida para todos los tiempos y para todos los países intentaría una vana unificación.

a) Por lo que respecta a su estructura, la pretensión procesal es susceptible de descomponerse en los tres grandes elementos que integran cualquier realidad jurídica, quizá cualquier realidad de la vida social humana. En primer término, se encuentra en ella un elemento subjetivo, es decir, unos entes personales que figuran como titulares, aunque en grado diferente, de las conductas humanas significativas que lleva consigo toda pretensión procesal. En segundo lugar, hay en la pretensión procesal un elemento objetivo, o sea un sustrato material sobre el que recaen aquellas conductas humanas y que integran el soporte básico situado más allá de cada persona actuante y de cada actuación personal. En tercer término, hay en la pretensión procesal un elemento modificativo de la realidad, esto es, una actividad *stricto sensu* constituida por el hecho de que los titulares de la pretensión, al ocuparse del objeto de la misma, determinan con su conducta una modificación de la realidad. No es, pues, aventurado afirmar que la estructura esencial de la pretensión supone la combinación de estos tres elementos: subjetivo, objetivo y de actividad.

Por lo que toca al elemento subjetivo se observa, tan pronto como se piensa en el concepto aquí analizado, que el sujeto de la pretensión procesal no es único, sino diverso. En realidad, reduciendo el problema a sus límites teóricos más sencillos, no habría por qué postular inicialmente la existencia de más de un sujeto en la pretensión procesal, es decir, de más intervención personal que la del que la formula, o sea, del pretendiente. Sin embargo, como toda pretensión procesal es un concepto nacido de la coexistencia del hombre, se comprende fácilmente que cualquiera que sea la posibilidad de imaginar una queja sin adversario ni destinatario, esta queja, mero desahogo íntimo, no podría ser tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico, constituiría una figura lírica pero no una manifestación de derecho. Hace falta que el que reclama reclame, no contra alguien, puesto que la existencia del conflicto es, como antes se intentó demostrar, exagerada, sino, por lo menos, frente a alguien (68). esto es, que refiera su queja a algún otro de los miembros de la comunidad, con lo cual y sólo con lo cual adquiere significación social la protesta del pretendiente. Ahora bien, todavía el ordenamiento jurídico añade a esta primera dualidad de sujetos la necesaria presencia de un tercero: el destinatario de la pretensión, pues, con objeto de obviar las soluciones, impracticables racionalmente, que surgirían de satisfacer la pretensión la persona que la formula o la persona frente a la que se formula, el derecho establece la presencia de un tercero supraordinado a las partes al que confiere específicamente el encargo de recibir las pretensiones de otros sujetos y de proceder a su satisfacción (69). Hay, pues, en toda pretensión procesal tres sujetos distintos: el sujeto activo o persona que formula la pretensión, el sujeto pasivo o persona frente a quien se formula la pretensión, el destinatario o persona ante quien se formula la pretensión. Los nombres con que el derecho positivo designa a cada una de estas figuras no son absolutamente inequívocos aunque, por la enorme tradición tradicional y legal que pesa sobre ellos, resultaría inútil intentar su sustitución. Pero da lo mismo que los sujetos activo

(68) La dualidad: contra-frente se encuentra ya en CHIOVENDA, *Principios*, II, pág. 7. Pero no resulta del todo precisa su fundamentación en dicho autor que la hace consistir en el hecho de que puede no haber oposición de intereses entre las partes, ya que la dualidad de éstas se obtiene exclusivamente a través de la demanda (*id est*, pretensión), lo cual, desde luego, es cierto. Más convincente parece, por lo menos para el derecho español, deducir la idea de que las partes no estén contrapuestas, sino enfrentadas, del hecho de que la pretensión procesal no se dirige inmediatamente hacia el adversario, sino hacia el juez, y por ello el demandado no es el destinatario, sino el mero sujeto pasivo de la misma.

(69) Esta es la definición de Juez y no otra: tercero específicamente colocado por encima de las partes (lo que diferencia al Juez de un árbitro); que satisface las pretensiones que una formula frente a otra (lo que diferencia al Juez de un administrador). El árbitro no es Juez, porque recibe sus poderes de la voluntad de las partes; el administrador no es Juez, porque no satisface pretensiones: podrá atender una petición o súplica, pero, en todo caso, para realizar un servicio público, no para realizar con carácter exclusivo una finalidad particular del que a él se dirige.

y pasivo de la pretensión procesal se denominen demandante y demandado, ejecutante y ejecutado, actor y reo y que el destinatario se llame Juez o de otro modo cualquiera. Una vez que se conoce el verdadero papel que en la figura de la pretensión desempeñan cada uno de estos sujetos, el resto, pese a lo impresionante de los nombres, es puro problema de terminología.

En lo que toca al objeto, ha de existir forzosamente en toda pretensión procesal como antes se indicó, un *quid* material al que se refieran los sujetos y las actividades que la pretensión encierra. Se desprende también de la significación de la pretensión como materia sociológica elaborada jurídicamente el que este objeto venga constituido por un bien de la vida, es decir, una materia apta por su naturaleza para satisfacer las necesidades o conveniencias objetivamente determinables de los sujetos. Este bien de la vida, o bien litigioso, si se quiere darle el nombre que técnicamente le corresponde aunque obedezca a una idea asimiladora entre el proceso y el litigio, constituye, pues, el objeto de la pretensión procesal, no, como antes se vió, el objeto del proceso a no ser que la expresión: objeto del proceso, se entienda en un sentido mediato e indirecto. Pero como un bien de la vida puede ser, a los efectos de su tratamiento jurídico, una cosa corporal o una conducta de otra persona, es evidente que el objeto de la pretensión procesal puede estar respectivamente constituido por una cosa o por una conducta de tal carácter. No hay diferencia ninguna en cuanto al tratamiento de la pretensión por la variedad de estos dos tipos de objetos; cualquier discrepancia que aquí quisiera observarse vendría a darse en función de consideraciones extraprocesales que para la pretensión, como tal, serían irrelevantes (70). Toda pretensión recae, pues, sobre un bien determinado y tiene como objeto el elemento transpersonal que, material o idealmente, se configura como susceptible de constituir el objeto de una relación jurídica.

En cuanto al tercer elemento: el de la mutación de realidad que la pretensión lleva consigo, exige ciertamente una consideración más detenida que las dos categorías anteriores.

Debe establecerse, en primer término, qué tipo de actividad general es la que se produce con la existencia de una pretensión procesal. Puesto que se trata de un acto verdadero, no puede negarse que nos hallamos ante una exteriorización de una conducta humana, un hacer del hombre en cuanto tal, sean cualquiera las notas ulteriores que deban acompañar a ese hacer. Pero lo importante en este quehacer

(70) Lo que no quiere decir, naturalmente, que carezca de importancia para el proceso la teoría del objeto de la pretensión, antes al contrario, se echa de menos en la literatura procesal un estudio adecuado de la figura del bien litigioso, recogiendo los preceptos dispersos que el ordenamiento jurídico da acerca de ellos, muchas veces en lugares impropios, generalmente, dentro del Código civil. Piénsese, v. g., en las repercusiones procesales de la distinción de los bienes en muebles e inmuebles. El texto se limita a afirmar, por lo tanto, la inmutabilidad del concepto de pretensión respecto a estas posibles e importantes variaciones de su objeto.

que la pretensión representa es, sin duda, el que de todas las posibles expresiones que el hombre puede poner en existencia, en ejercicio de las facultades fundamentales, no es ni la puramente intelectual ni la puramente afectiva la que interesa, desde luego, para la idea de la pretensión procesal. La pretensión no es una manifestación afectiva, emocional, psicológica del que la formula, pero tampoco es una exteriorización intelectual o declaración de ciencia, según la técnica jurídica, que se limite a poner de manifiesto la presente existencia o inexistencia real de una cierta proposición (71). No deja lugar a graves dudas la tesis de que distintamente la pretensión procesal en cuanto acto se liga al hombre como ser portador de una voluntad, es decir, constituye una expresión de esta facultad humana o, en otros términos, representa una declaración de voluntad. El que el ordenamiento jurídico, por obra principalmente de los civilistas, haya restringido excesivamente el concepto de declaración de voluntad identificándolo, en ocasiones, con la figura mucho más limitada del negocio jurídico (72) no cabe inducir en este punto a confusiones: la pretensión procesal es una declaración de voluntad entendida esta expresión en el sentido más amplio que antes se ha desarrollado.

Pero sería, sin duda, bien poca cosa afirmar que una pretensión procesal es una declaración de voluntad. ¿Con qué particularidades que puedan distinguirla de tantas e innumerables declaraciones de voluntad como en la vida jurídica aparecen continuamente? Para responder a esto, sólo cabe aclarar que la pretensión procesal es una declaración de voluntad con un significado peculiar y propio, a saber, el de contener, entre los sujetos que en ella intervienen y acerca del objeto sobre el que recae una petición fundada.

Es curioso que toda la teoría general de la declaración de voluntad, formulada tan exhaustivamente por la técnica civilista, no ha fijado

(71) Por eso el nombre de afirmación (*Behauptung, affermazione*) empleado para designar a la pretensión procesal se hace equivoco, ya que la pretensión no se agota en una declaración de saber para lo que aquellas palabras son únicamente adecuadas. Por otra parte, tampoco el nombre de razón (*ragione*) es más acertado, puesto que alude a la motivación o fundamento de la pretensión que es sólo uno de sus elementos componentes, dando a entender, además, que se trata de una reclamación realmente justa. Se dirá que, contrariamente, pretensión significa petición injusta, no conforme con el derecho, pero esto no es cierto, por lo menos en castellano: pretende tanto el que lo hace con motivo como el que no tiene base en qué apoyarse. De todos modos, no cabe duda de que desde el estricto punto de vista terminológico, lo ideal sería volver al término de acción sin más: la pretensión podría recibir sin inconveniente tal nombre técnico, lo que devolvería a esta última palabra el significado literal que realmente le corresponde; si no fuera por tener que luchar contra la arraigada dirección doctrinal que ve en la acción no el acto que engendra jurídicamente el proceso, sino el derecho del que ese acto es ejercicio o manifestación: GUASP, *Comentarios* cit., I, pág. 338 y s.

(72) Así, ENNECERUS, *Derecho civil (parte general)* cit., II, pág. 11 y s., equívocamente para la declaración de voluntad al negocio jurídico, aunque a continuación se ve obligado a reconocer la existencia de otros actos de derecho semejante a los negocios que contienen una exteriorización de voluntad, incluyendo en esta categoría las reclamaciones (naturalmente, de derecho civil).

demasiado su atención en las especies de declaraciones que se descubren cuando se indaga el sentido de las mismas en razón al giro que asumen respecto al mundo externo en que tales declaraciones se hacen. Esta oscuridad del sentido extrínseco de las declaraciones de voluntad explica que los dos tipos fundamentales de las mismas, a saber la declaración de voluntad que va, deprecativamente, hacia otros elementos externos y la declaración de voluntad que va, decisorialemente, hacia esos mismos elementos, no constituyen figuras manejadas con frecuencia por la teoría general del derecho (73). Sin embargo, es inevitable señalar que una declaración de voluntad puede asumir alguno de los dos modos de ser a que acaba de hacerse referencia (y no interesa señalar ahora si son estos dos los únicos modos posibles), y por ello, que una declaración de voluntad puede, en muchas ocasiones, aparecer como manifestación peculiar de una petición o de una resolución. Los conceptos son extraordinariamente familiares a los procesalistas (74), pero el procesalista, preocupado por la descripción externa de los fenómenos que maneja, no se ha cuidado siempre de indagar el significado general de los mismos.

Característico de la pretensión procesal es, pues, en primer término, el no ser una declaración de voluntad cualquiera, sino una decla-

(73) En efecto, no es fácil encontrar en las obras generales de derecho una teoría adecuada de las peticiones y de las resoluciones. No cabe identificar del todo a las primeras con las reclamaciones y a las segundas con las disposiciones, pues estos conceptos se refieren más bien a un modo de ser inmanente de ciertos actos y no a un modo de ser trascendente. La petición es una declaración en que se reclama (lo que no equivale a decir que se exige), pero siempre a otra persona distinta del reclamante; la resolución es una declaración en que se dispone (lo que tampoco equivale a decir que se intima), pero asimismo respecto a la materia que otro u otros ofrecen.

(74) Porque en el derecho procesal se habla con mucha frecuencia de petición (o instancia) y de resolución (resolución judicial). Sin embargo, la teoría dominante se contenta por lo común con establecer una clasificación de una y otra figura (especialmente de las resoluciones judiciales), sin intentar previamente una construcción de su concepto. Semejante concepto tiene por fuerza que ser extraordinariamente general. Observando el material que cualquier proceso ofrece, se observa, en efecto, que todas las declaraciones de voluntad que realizan las partes en el proceso asumen la forma de peticiones, y todas las declaraciones de voluntad que emite el órgano jurisdiccional revisten la forma de resoluciones. El hecho de que haya declaraciones de las partes vinculantes para el órgano jurisdiccional no les quita su carácter de peticiones, pues nada impide que haya peticiones que obliguen a su destinatario a proceder de una cierta manera; el hecho de que haya resoluciones en que el juez prezca quedar subordinado o dependiente de las partes (v. g., cuando les ofrece o pregunta) no cambia aquel concepto general, pues el ofrecimiento o la interrogación vienen siempre en forma de intimación por la cual el juez resuelve hacer una u otra cosa. Las partes no tienen otro medio de emitir declaraciones en el proceso que pedir, el juez no tiene otro medio de emitir declaraciones que resolver; y fuera de la petición y de la resolución no hay más actos procesales que los puramente reales, es decir, aquellos que consisten, no en una declaración, sino en una manifestación de voluntad, en una operación física. Así se comprende el lugar que dentro del sistema del derecho procesal deben ocupar las nociones de petición y de resolución: no como actos particulares, sino en la parte general, como forma típica de la emisión de las declaraciones de voluntad de los distintos sujetos del proceso.

ración petitoria, una declaración en que la voluntad exteriorizada agota su sentido en la solicitud dirigida a algún otro elemento externo para la realización de un cierto contenido. La pretensión procesal en cuanto declaración de voluntad es, pues, esencialmente una petición, y en este aspecto, conjugando los elementos subjetivos y objetivos ya conocidos, cabe sostener sin reparo que es una petición de un sujeto activo ante un Juez frente a un sujeto pasivo sobre un bien de la vida. Más allá de esta descripción deliberadamente vaga habrá, no zonas que escapen a la pretensión, sino tipología peculiar interna de la misma: una declaración de voluntad petitoria en el sentido que acaba de indicarse es siempre una pretensión procesal (75).

Claro está que, como la mutación de realidad de la declaración petitoria (en que consiste la pretensión procesal) ha de tener significación jurídica, esta solicitud debe conexas elementos de derecho y no elementos ajenos al mundo jurídico, por lo que, en definitiva, habrá de traducirse en ser una petición jurídica, es decir, una petición comprensible a la luz del derecho, con sentido dentro de este ámbito y destinada a tener algún papel en él. La petición que encierra toda pretensión procesal es, pues, siempre una declaración de voluntad que solicita que se haga algo jurídico, esto es, que se operen o se manejen situaciones estrictamente de derecho (76).

(75) Es evidente, sin embargo, que no debe haber confusión alguna entre los conceptos de pretensión y de petición procesales. La pretensión es una petición, desde luego, pero no todas las peticiones procesales son pretensiones verdaderas. Todas las declaraciones de voluntad que emiten las partes en el proceso caen bajo el imperio del concepto de petición procesal (véase lo dicho en la nota anterior), pero sólo aquella declaración de voluntad que constituye el fundamento objetivo del proceso puede ostentar en realidad el nombre de pretensión procesal. Cabría decir que la primera es una petición final y las segundas meras peticiones instrumentales. La diferenciación puede venir dada por el criterio de que la pretensión se refiere autónoma y directamente a un bien de la vida, y las simples peticiones sólo se refieren a este bien de una manera subordinada e indirecta, precisamente a través de la influencia que ejercen sobre la pretensión procesal. De este modo, la pretensión procesal se define como el fondo del proceso, las peticiones como el no fondo, forma en sentido amplio e impropio. Fondo es, naturalmente, aquel último substrato material (pero puede tener carácter procesal: piénsese en la acción autónoma de impugnación de una sentencia) en que se asienta objetivamente el proceso: concepto de la máxima importancia teórica y práctica, que bien merece un esclarecimiento profundo, aun no recibido, de la doctrina.

(76) Si las situaciones afectadas por la pretensión no tienen significación para el mundo del derecho, entonces no cabe hablar de pretensión jurídica ni, por ende, de pretensión procesal. Por ello, utilizando un ejemplo exagerado, el que alguien aspire a la declaración judicial de que es más alto o más rico que su contrario, no supone que formule una verdadera pretensión jurídica procesal; lo mismo, para dar ahora un ejemplo más viable, que si reclama un título nobiliario en países que no reconocen distinciones de esta clase. No se trata aquí del problema del interés, puesto que el interés supone una pretensión existente, y en los supuestos mencionados la pretensión, como figura jurídica, no llega a nacer siquiera. La falta de significación jurídica de la pretensión hace al acto inatendible, esto es, inidóneo para producir ninguna clase de efectos procesales, ni siquiera el mínimo de que el Juez se ocupe de él; y no inadmisibles, como en el caso de la falta de interés. Esto no quiere decir que, si la carencia de significa-

Cabe, a este respecto, formular muchas clases de peticiones. La primera distinción que hay que establecer en este punto es aquella en virtud de la cual se agrupan las peticiones posibles en dos grandes apartados, según que lo solicitado sea la emisión de una declaración de voluntad por el Juez o la realización de una conducta física por el Juez distinta del mero declarar: en el primer caso hablaremos de peticiones y, por ende, de pretensiones de cognición o declarativas, y en el segundo caso hablaremos de peticiones y, por ende, pretensiones de ejecución o ejecutivas (77).

En el campo de las pretensiones de cognición y dentro del amplísimo cuadro de las situaciones del derecho a las que cabe referir la declaración de voluntad del Juez, la doctrina hoy dominante ha trazado, probablemente de un modo agotador, la tricotomía fundamental que sirve como criterio de clasificación básica de las pretensiones procesales, aunque referidas, también esta vez por influjo del error antes señalado, al problema de la clasificación de las acciones. Se han distinguido, en efecto, las peticiones en que se reclama la creación; creación, modificación o extinción, de una situación jurídica; las peticiones en que se reclama la constatación o fijación de una situación jurídica, y las peticiones en que se reclama la imposición de una situación ju-

ción ha pasado desapercibida en un primer momento al órgano jurisdiccional, no pueda éste de oficio, y en cualquier instante, rehusar su ulterior intervención en el asunto, apoyándose (además) en la falta de interés de la reclamación del actor.

(77) La distinción entre unas y otras no debe colocarse en el criterio de que las primeras determinan la formación de un mandato y las segundas su cumplimiento. La misma calidad de mandato existe en la decisión declarativa que en la ejecutiva; y resulta muy discutible hacer de la esencia de la primera la formación de un mandato, y, sobre todo, de la segunda, su cumplimiento, pues cumplimiento y ejecución son términos que la doctrina y la ley españolas confunden muchas veces, pero que dogmáticamente conviene separar. Mucho más convincente resulta en nuestra opinión, como se hace en el texto, distinguir el proceso de cognición, como aquel que tiende a la emisión de una declaración de voluntad por el órgano jurisdiccional (sentencia) del proceso de ejecución como aquel que tiende a la realización de una conducta física distinta del mero declarar. La inmisión real y directa en el mundo físico sin imitarse al mundo ideal de las situaciones puramente jurídicas es lo que distingue a la ejecución de la cognición procesales. Ciertamente que CARNELUTTI, *Instituciones* cit., pág. 100, niega esta concepción de la ejecución procesal afirmando que la decisión procesal no consiste en entregar materialmente, sino en una orden dada a otro de dejar coger o tener, pero esto más bien parece una reducción indebida de la ejecución a la actividad que dentro de ella realiza el elemento directivo del órgano jurisdiccional, pues si bien es verdad que el Juez puede limitarse a ordenar la entrega, otro componente del órgano, el ejecutor *stricto sensu*, ha de verificarla luego efectivamente, y su conducta no puede por menos de imputarse al órgano jurisdiccional considerado como un todo. Retorciendo el argumento carneluttiano, bien cabe decir que el concepto de la ejecución hecho equivalente al de la mera intimación jurídica no sería ni necesario ni suficiente: no necesario, porque órdenes concretas a su favor ya tiene el ejecutante (a veces sobre bienes específicos en poder del deudor); no suficiente porque ¿cómo podrá el deudor, sin ayuda de la ejecución forzosa, adquirir físicamente el señorío sobre el bien que el juez ordena entregarle cuando el condenado sigue resistiéndose a ello?

ridica (78). Y aunque la formación de tal doctrina se haya hecho de una forma contingente, a fuer de histórica, que por ello no garantiza su hermeticidad dogmática (79), es lo cierto que, analizadas racionalmente las posibilidades teóricas de una posible petición procesal, no se descubren modalidades nuevas que añadir a las anteriores (80); existirán, quizás, matices distintos y agrupaciones diversas de las señaladas, pero en modo alguno parece posible una adición o supresión teórica de tales tipos.

Menos clara se revela, sin duda, la clasificación básica de las pretensiones de ejecución. Si la conducta física reclamada del juez es un

(78) Designadas, como se sabe, con los nombres respectivos de pretensiones (acciones) constitutivas, declarativas y de condena.

(79) A todos aquellos aficionados, desgraciadamente tan numerosos, a "historificar" los temas dogmáticos, puede resultar de interés la observación de que existe un notable paralelo entre el sentido histórico general de la etapa en que aparecen o se consolidan cada uno de esos tipos y su función específica. Las épocas estables y conservadoras, por así decirlo, se mueven casi exclusivamente dentro de la órbita de las acciones de condena: seguras de su derecho objetivo y de la situación de los particulares dentro del mismo, no conciben dudas ni innovaciones en el *status* jurídico del ciudadano, y reaccionan siempre de un modo categórico: imponiendo los resultados del sistema a todo el que desobedece por vía de condena. Las épocas de transición, momentos de incertidumbre y crisis, vuelven sus ojos a la necesidad de un instituto que a cada particular le dé la seguridad de la certeza de su posición, precisamente porque el orden jurídico no se siente incommovible ni indiscutible: de aquí el auge de la acción declarativa, considerada como superior monumento de civilización jurídica, precisamente en razón a este servicio de orientación en momentos en que el orden jurídico no comparte las antiguas soluciones ni se encuentra aun con fuerzas para desarrollar otras nuevas. Finalmente, las épocas innovadoras y revolucionarias colocan en un primer plano a las figuras procesales que les permitan romper los viejos cuadros del derecho material y dar entrada a los cambios que se estiman necesarios por la transformación de las circunstancias: a la orden del día aparece entonces la creación, modificación y extinción de situaciones jurídicas por el órgano jurisdiccional. La relatividad jurídica de los tipos de acción, complemento de la relatividad de la acción en general, como ha demostrado CALAMANDREI, *Relativita del concetto di azione*, cit., se corrobora pensando en la posibilidad de que la función de cada uno de estos tipos se obtenga a través de la estructura, más o menos forzada, de los otros: así, por no citar sino el caso más significativo, la función de la acción declarativa, a través de la acción de jactancia: acción de condena, que tendía a obtener, no una mera declaración, sino una verdadera imposición judicial.

(80) Las tentativas hechas en algunas ocasiones para ampliar el cuadro de las tres pretensiones fundamentales no parecen, en efecto, merecedoras de ser acogidas. Debe tenerse en cuenta que tal clasificación es la básica o esencial del concepto, pero que luego, aparte de sus internas subdivisiones (las llamadas acciones determinativas y acciones de mandamiento no son más que especies del género de la pretensión constitutiva) se ordenan en atención a sus relaciones con el mundo del derecho material y del derecho procesal en tipos muy variados, en cada uno de los cuales, no obstante, cabe seguir hablando de constitución, declaración o condena; dentro del derecho material, el fundamento substantivo invocado permite aludir a variadísimas figuras de acciones: reales y personales, reivindicatorias, confesionarias, subrogatorias, etc.; dentro del derecho procesal la significación funcional de cada una es igualmente multiforme: ordinarias y especiales, de impugnación, de declaración incidental, cautelar, etc. Véase una alusión al problema en GUASP, *Comentarios* cit., I, pág. 344, n. 1.

dar, la petición aparece de tal modo peculiarizada en su esencia y en su tratamiento jurídico, que justificadamente se crea con ella un tipo especial de peticiones: el de dación. Si la conducta física que se reclama es un hacer cualquiera, distinto de dar, entonces parece que habrá que manejar un grupo distinto de peticiones que puedan llevar el nombre, autorizadamente propuesto, de peticiones de transformación (81). Pero sería erróneo ver en estos dos tipos una polarización indiscutible de peticiones ejecutivas. Para negarlo basta observar cómo, dentro de la dación normal, que suele reservarse a la entrega de cantidad de dinero, aparece, quizá, con menos importancia teórica y práctica, pero con indudable derecho a su existencia dogmática, la dación de cosa distinta de dinero, lo que podrá llevar a la bifurcación del primero de estos dos tipos en los dos moldes diversos de la ejecución expropiativa y la satisfactiva (82). Dentro del hacer positivo o negativo, del Juez, distinto del dar, algunos de estos quehaceres asumen una fisonomía tan importante que, a la inversa de lo que ocurría en el caso anterior, teóricamente en la práctica, incluso prevalecen sobre el anterior: por ejemplo, el caso en que lo que se reclama del Juez es una distribución de un patrimonio entre diversos sujetos, con lo cual la terminología necesitará volver a desdoblarse y hablar dentro de la ejecución transformativa de una ejecución transformativa simple y otras categorías, v. g., la ejecución distributiva (83).

Pero no es el propósito de este trabajo el de verificar un estudio de las distintas clases de peticiones procesales, sino simplemente el de determinar sus líneas generales, por lo cual, a los efectos de particularizar la primera definición, forzosamente genérica, de la petición que toda pretensión encierra, basta con la indicación superficial que acaba de hacerse de sus posibles clases.

Ahora bien, antes se dijo que la declaración de voluntad en que consiste la petición, que toda pretensión procesal encierra como tercer elemento, era una petición fundada, y con esto llegamos ciertamente al último de los caracteres definidores de la estructura del concepto, pero también al que más dificultades ofrece en realidad para su exacta comprensión.

(81) La terminología, en efecto, es de CARNELUTTI, *Instituciones*, cits., página 58 y sigs.

(82) Los nombres no son intachables, desde luego. La ejecución expropiativa alude a una operación instrumental del proceso: la expropiación de los bienes del deudor; la ejecución satisfactiva a una operación final del proceso: la satisfacción que, a través del mismo, obtiene el acreedor; pero como no son conceptos que se muevan en un mismo plano, no hay, en realidad, verdadero antagonismo entre ellos: también en la ejecución satisfactiva cabe hablar de expropiación del deudor, pero sobre todo, en la expropiativa no hay por qué negar que el acreedor queda igualmente satisfecho también. Las denominaciones del texto deben, pues, acogerse con grandes reservas y con un mero valor provisional.

(83) Lo mismo hay que decir aquí en el caso anterior, puesto que cabe una distribución en la ejecución transformativa simple (pluralidad de acreedores en la ejecución singular) y, por otra parte, la distribución no deja de ser un hacer, es decir, una transformación semejante a la ordinaria o común.

Cuando hablamos de la petición como de una reclamación fundada, no queremos decir evidentemente una reclamación que se ajuste a la realidad tal como ésta existe objetivamente, pues en este supuesto dejarían de ser pretensiones procesales todas aquellas que, por carecer de un fundamento cierto, debieran ser desestimadas por el Juez; hay que hacer evidentemente la advertencia fundamental de que por petición fundada se entiende petición que invoca un fundamento, sea éste auténtico o no.

Sin embargo, la dificultad verdadera no está ahí. Es muy fácil creer que la petición fundada es, naturalmente, la que comporta un fundamento cualquiera, sea éste real o meramente invocado, y que, por ello, siendo el fundamento la motivación de la petición procesal, los motivos de tal petición integran uno de sus elementos definidores. Mas esto es un error, y su aclaración contribuye, en medida mayor que ningún otro hecho, al esclarecimiento de la idea verdadera de la pretensión procesal. El fundamento de la pretensión procesal no es su motivo, invocado o no, sino los acaecimientos de la vida en que se apoya, no, obsérvese bien, para justificarla, sino para acotarla, esto es, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de realidad al que la pretensión se refiere. El fundamento de la petición básica de un proceso no es lo que permite al juez, caso de ser cierto, pronunciarse a favor de la petición, sino lo que permite al Juez previamente conocer qué ámbito particular de la vida es el que la pretensión trata de asignarse. En otras palabras, la invocación del fundamento opera, no como justificante, sino como determinante de la pretensión misma. Si el actor reclama la devolución de un bien en concepto de propietario, en la pretensión procesal invoca la propiedad del bien, no como motivo de su solicitud, sino como contorno que le sirve para fijar, de todas las posibles relaciones que guarda con el bien reclamado, aquella a la que concretamente refiere su solicitud. El titular de la pretensión, antes que fundamentarla, entendiendo ahora el fundamento en el sentido corriente, tiene que particularizarla, y como la particularización jurídica no puede obtenerse con la mera descripción de una situación abstracta ideal, sino referida a unos acaecimientos concretos de la vida que la especifiquen, la petición que comprende la pretensión procesal tiene que ir apoyada en la invocación de tales acaecimientos, los cuales se pueden denominar fundamentos de la misma siempre que se tenga presente el sentido en que fundan la pretensión procesal: no como cimientos en que se basa, sino como muros que la delimitan (84).

(84) El problema, como se ve, reviste la máxima importancia. A él se conducen las polémicas semejantes en el fondo, aunque de planteamiento no idéntico, de la individualización y la substanciación en el proceso civil, sobre lo cual v. GUASP, *Comentarios*, cit., II, pág. 244 y s., y del hecho natural o el hecho jurídico en el proceso penal, sobre lo cual, v. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento criminal*, II, 1951, pág. 266 y ss. Afirmamos, desde luego, que fundamento del objeto del proceso en general lo constituye una suma de acaecimientos concretos, históricos, prescindiendo de su individualización

Claro está, que la suerte de una pretensión procesal depende en máxima medida de su motivación. Pero la suerte de la pretensión procesal no tiene nada que ver con su existencia. La pretensión procesal existe independientemente de sus motivos, con motivos o sin motivos, con motivo real o con motivos falsos. La pretensión procesal, para existir como pretensión concreta, necesita singularizarse del resto de posibles figuras análogas e imaginables teóricamente. Cada pretensión procesal exige destacarse de cualquier otra. Este destacamiento es el que opera el llamado fundamento de la pretensión. Con posterioridad (o simultáneamente, en la práctica, si se quiere) vendrá la justificación de la pretensión, la motivación de la pretensión: es más, un mismo hecho funcionará acaso simultáneamente como delimitador y como justificador de la pretensión; pero no es lo mismo reclamar la propiedad de una cosa que reclamar la cosa en cuanto propietario (85).

Hay, pues, una clara diferencia que establecer entre el verdadero título de la pretensión: el acaecimiento de hecho que individualiza a la petición y los fundamentos en sentido amplio que determinan los motivos de su posible actuación por el Juez. Si se quisiera apurar terminológicamente la diferencia habría que hablar de fundamentos y argumentos como de dos categorías distintas y que deben recibir naturalmente un trato procesal diverso (86). Para no señalar más que el rasgo sobresaliente de tal diversidad, basta indicar que los fundamentos, en cuanto acaecimientos delimitadores de la petición procesal, son siempre, naturalmente, sólo hechos, mientras que los argumentos se agrupan en las dos conocidas categorías de los motivos de hecho y los motivos de derecho.

En definitiva, queda así establecido que la pretensión procesal, por su estructura, es una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra, ante un tercero supraordinado a ambas, un bien de la vida, formulando en torno al mismo una petición fundada, esto es, acotada o delimitada, según los acaecimientos de hecho que expresamente se señalen.

jurídica o calificación jurídica. Esta, desde luego, se incorpora también al proceso, pero no como parte de la pretensión, sino como actividad distinta, en la que incluso el órgano jurisdiccional puede suplir la actividad de las partes.

(85) Y el que un cierto derecho positivo, v. g., el art. 524 de la ley procesal española, exija que dentro de la pretensión procesal (demanda) figuren los fundamentos en el sentido de motivos no dice nada contra la proposición formulada en el texto. Se trata entonces de la necesidad legal de realizar a la vez dos actos distintos: el de la pretensión, con su fundamentación estricta, y el de la motivación de la pretensión. La actividad por la que se incorporan al proceso los motivos de una pretensión constituye una manifestación de otro acto conceptualmente, a saber, el de alegación; lo que tiene especial importancia a los efectos de determinar la posibilidad de una variación ulterior de los mismos.

(86) Así, en el derecho francés con su distinción entre "demanda" (con su fundamento) y "moyen" (puro hecho justificativo) sobre lo cual, v. GLASSON-TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure*, III, 1929, pág. 373, en relación con el problema de la admisibilidad de unos y otros en apelación.

b) Por lo que respecta a la función de la pretensión procesal muy breves líneas pueden servir para describirla, puesto que la idea esencial que ha de presidir en este punto viene dada por el concepto mismo antes definido: la pretensión como objeto del proceso.

En este sentido se ha de observar primeramente que la pretensión engendra un proceso, como se hizo notar al establecer los principios básicos del concepto. Pero al decir que la pretensión engendra un proceso no quiere defenderse con ello que la pretensión sea un precedente cronológico de todo proceso; en otras palabras, que haya de constituir forzosamente su acto primero inicial. Nada se opone a que un proceso comience sin pretensión procesal, esto es, con vistas a una pretensión futura (87). Lo único que exige la función de la pretensión en este sentido es que, tan pronto como no aparezca o desaparezca definitivamente la pretensión procesal, el proceso mismo, por quedar sin razón de ser, quede eliminado.

Una vez que ha engendrado un proceso, en el sentido que acaba de apuntarse, la pretensión procesal determina su mantenimiento, esto es, su subsistencia hasta que el tratamiento que a la pretensión procesal deba darse haya alcanzado su finalidad instrumental. La pretensión procesal mantiene funcionalmente en vida al proceso. Tampoco quiere con esto decirse que el proceso haya de mantener una armadura rígida durante todo su desarrollo, guardando siempre dentro de sí un núcleo incommovible de acto que no pueda sufrir la variante más ligera. Por el contrario, nada se opone a que la pretensión procesal, conservando su existencia, experimente un cierto desarrollo durante la pendencia procesal, lo que explica las modificaciones que puede experimentar a lo largo de dicha pendencia (88). El cambio de los sujetos de la pretensión mediante la transmisión de la titularidad de la misma de una a otra persona (89), fenómeno que permite

(87) De ello se encuentran casos abundantes en el derecho español. En primer término todos aquellos en que el acto de iniciación o demanda no contiene la pretensión procesal a los que ya se hizo referencia en una nota anterior. En segundo lugar, todos aquellos en que el proceso comienza (anormalmente en lo civil, pero no en lo penal) de oficio: prevención del abintestato, adopción de medidas cautelares en caso de fuga notoria o conocida por el Juez o Tribunal de un comerciante, incoación espontánea de un sumario, etc.

(88) Así puede hablarse, metafóricamente desde luego, de una biología de la pretensión procesal.

(89) Hay transmisión de la pretensión cuando cambian los sujetos de la pretensión procesal: no el órgano jurisdiccional, que es siempre uno, prescindiendo de quien sea la persona física en quien encarne (por eso el cambio del Juez no es una alteración que constituya, v. g., un límite de la cosa juzgada), sino las partes: demandante (transmisión activa) o demandado (transmisión pasiva). Pero no debe confundirse el problema de la transmisibilidad de la acción con el de la transmisibilidad de la pretensión. Lo primero es un problema de derecho material, que hay que resolver con arreglo a las normas del ordenamiento jurídico de este carácter: civil, mercantil, penal, etc.; lo segundo es un problema de derecho procesal que se atiene o debe atenderse siempre a las normas de tal índole. Por ello, el que en determinados casos se diga que una acción no es transmisible no quiere decir que la pretensión procesal no puede cambiar, sino que no puede alterarse subjetivamente el derecho que le sirve de fundamento. En

hablar de una transmisibilidad de la pretensión, el cambio en el bien de la vida a que la pretensión se refiere (90), el cambio en la petición o en los acaecimientos de hecho que le sirven de título (91), son todas vicisitudes que pueden evidentemente producirse en el proceso y que no afectan a su existencia en tanto perdure el núcleo esencial de la pretensión al que debe la vida. Cabe hablar, pues, de una función de la pretensión conservatoria del proceso, sin perjuicio del principio de transformabilidad que lleva consigo, por la misma razón, una modificabilidad del proceso mismo en que la pretensión se deduce.

Por último, también es innegable la observación de que la pretensión determina la conclusión de un proceso allí donde esta reclamación de parte deja de existir por algún acaecimiento que jurídicamente tenga asignada tal eficacia. Cuando la pretensión desaparece, el proceso se elimina asimismo. Si la pretensión queda satisfecha, entonces el proceso ha llegado a su fin normal y concluye mediante la decisión judicial, ya que decisión judicial no quiere decir otra cosa que satisfacción de una pretensión o, en palabras más amplias, declaración de voluntad que desisoriamente examina y actúa o deniega la actuación de una pretensión procesal. Si la pretensión procesal, sin llegar a quedar satisfecha, desaparece del mundo del derecho, v. g., porque, considerada como objeto de un acto de disposición se admite la posibilidad de revocarla íntegramente, entonces el proceso se extingue asimismo sin que resulte justificada su ulterior continuación: lo que explica que los actos de disposición de la pretensión, característicamente el desistimiento del actor, lleven consigo una verdadera terminación anormal del proceso, esto es, una extinción, en sentido técnico, del mismo (92).

ocasiones la diferencia aparece muy clara: así, según el Código civil español, la acción para impugnar la legitimidad de un hijo: artículo 112, o para reclamar la filiación legítima: artículo 118, es normalmente intransmisible, pero no lo es cuando la demanda se ha presentado ya, en cuya caso en calidad de pretensión procesal pasa a los herederos.

(90) Si el objeto físico a que la pretensión se refiere desaparece, la pretensión puede extinguirse también por falta del mismo: uno de los casos que la técnica alemana llama *Erlöschung der Sache*, sobre el cual, v. ROSENBERG, *Lehrbuch*, cit., pág. 324, con la bibliografía allí mencionada. Pero sin llegar a la desaparición, e incluso en casos de extinción con subrogación real, el objeto puede alterarse y entonces la pretensión procesal queda consecuentemente transformada: v. g., la pretensión de reivindicación de un bien mueble se convierte, por destrucción de éste, en reclamación de daños y perjuicios. La enajenación del bien litigioso puede no pertenecer a este orden de ideas si el ordenamiento procesal, en aras del principio de la *perpetuatio legitimationis*, no admite el cambio subjetivo ni el objetivo de la pretensión por tal motivo.

(91) V., en general, sobre estos problemas, FAIRÉN, *La transformación de la demanda*, 1949.

(92) Aunque los recoja la sentencia, ya que ésta, igual que la decisión en un proceso de ejecución en análogo caso, no tiene su contenido normal, sino que se limita a recoger el acaecimiento extintivo anterior. No hay diferencia entre esta hipótesis y la de la resolución que declara la producción de un puro hecho extintivo, v. g., el transcurso del tiempo y consiguiente caducidad de la instancia.

Así pues, desde el punto de vista funcional, la pretensión puede ser definida como aquella actividad que origina, mantiene y concluye un proceso con su propio nacimiento, mantenimiento y conclusión.

V

EL VALOR SISTEMÁTICO DE LA PRETENSIÓN PROCESAL

Finalmente, es interesante analizar el papel que desde un punto de vista particular realiza la pretensión en el proceso y hasta qué extremo sirve de concepto efectivamente ordenador de las singulares realidades procesales. Aquí se comprueba que todos los conceptos básicos de la institución procesal, analizados a fondo, vienen a reconducirse a la idea de la pretensión procesal, a girar en torno a ella, alcanzando precisamente por su relación con esta idea su verdadero sentido. Ello demuestra el enorme valor sistemático del concepto de la pretensión procesal, el cual, no sólo es, en cada proceso concreto, el objeto de la figura jurídica creada, sino que, además, presenta la idea unitaria que reduce a armonía la compleja diversidad de las actividades procesales.

Para exponer agotadoramente este sin igual papel sistemático de la pretensión procesal sería preciso un curso entero de la disciplina. En la imposibilidad de hacerlo en esta ocasión no debe, sin embargo, omitirse el recuerdo de las referencias fundamentales comprobadoras de la importancia sistemática de la idea examinada. Así se hace, en efecto, a continuación, predicando tal idea de conceptos procesales tan de primera fila como son los de Jurisdicción, partes, objeto procesal, actos, nacimiento, desarrollo y terminación del proceso, efectos y tipos de proceso en particular.

a) En lo que toca a la Jurisdicción hay que darse cuenta de que este concepto, doctrinalmente tan atormentado, no puede ser puesto en claro si no se hace con él una correlación rigurosa respecto al concepto del proceso. Entendida la Jurisdicción en un sentido funcional total y, sea cualquiera la naturaleza jurídica que deba asignársele, es lo cierto que resultan de absoluta insuficiencia las explicaciones que ven en la función jurisdiccional la realización de una actividad que se verifica conforme el derecho (concepción vulgar) o de una actividad que consiste en la aplicación del derecho a casos concretos (concepción técnica, sin duda dominante, pero errónea) (93). Si la idea de función jurisdiccional es la que ha de recogerse en el proceso expli-

(93) La concepción según la cual la Jurisdicción es función de aplicación del derecho al caso concreto, pese a su carácter dominante, debe considerarse, en efecto, como errónea. De un lado, separa hipótesis que deben explicarse juntas excluyendo del ámbito jurisdiccional materias judiciales auténticas, como las de ejecución. De otro lado, une supuestos diversos por naturaleza incluyendo en el campo jurisdiccional materias que con la judicial nada tienen en común, como ocurre con buena parte de la actividad administrativa.

cando la potestad en virtud de la cual un tercero, investido de poder público, interviene entre las partes, no puede por menos de formularse una ecuación impecable entre los conceptos de función jurisdiccional y función procesal (94). Pero entonces la función jurisdiccional no puede ser más ni menos que una función de satisfacción de pretensiones. Por otra parte, la defensa de esta idea permite resolver, sin graves dudas ulteriores, las difíciles cuestiones que siempre ha planteado la diferenciación entre función jurisdiccional y las restantes funciones estatales, sobre todo, entre función jurisdiccional y función administrativa (95). Ahora bien, si la idea de la Jurisdicción como función de satisfacción de pretensiones se demuestra intrínsecamente exacta, aparte de su correlación con el proceso, ello equivale a armonizar esta figura con la idea central que del proceso se ha expuesto, proporcionando conclusiones unitarias, esto es, sistemáticas, en torno a una y otra figura (96).

(94) Esto no se hace por la doctrina sino que, contrariamente, es usual proponer una explicación distinta, ya que no antagónica, de una y otra figura. Modernamente, la tendencia a comenzar la explicación de los temas procesales por el concepto de Jurisdicción, como puede verse en ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., pág. 4 y ss., atenúa tan extraña e ilógica situación. Pero la solución no debe buscarse tampoco en una absorción de uno de estos dos conceptos por el otro, sino, como se defiende en el texto, en su armónica y precisa correlación.

(95) Se dirá que en la función administrativa se da también la figura de la pretensión que hay que satisfacer. Pero esto es así sólo en apariencia. Las reclamaciones que puedan surgir en el ámbito administrativo y las resoluciones que sobre ellas recaigan sólo son técnicamente peticiones, nunca pretensiones, porque jamás tienen carácter final sino instrumental: no revisten substantividad propia sino que se recogen por el ordenamiento jurídico en cuanto pueden servir al desarrollo del servicio administrativo y no a la satisfacción del particular. Cuando la Administración concede o niega licencia a un funcionario, v. g., no trata de satisfacer la queja, más o menos fundada de éste, sino de ampliar las normas del servicio que así lo establecen; claro está que si una reclamación de materia administrativa se puede llevar ante un organismo que no persigue tal finalidad, sino la estricta de atender al reclamante (la especificidad del órgano es siempre nota indefectible de la Jurisdicción) se tratará de una verdadera pretensión procesal, pero es que entonces estaremos en presencia de un verdadero Tribunal (llámelo como quiera el derecho positivo) y de un verdadero proceso y no de actividad propia de la Administración.

(96) Esta tesis la expusimos con anterioridad en una breve nota: GUASP, *Problemas fundamentales de organización judicial*, en *Revista de Estudios Políticos*, XXV: pág. 133 y ss., que ha sido criticada por ALCALÁ-ZAMORA, en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, II, 6, pág. 239, por entender que se hacían en ella referencias demasiado limitadas. Pero esto (que precisamente, contra lo que opina el crítico, sería una deficiencia en un trabajo de información general y no en una labor de seminario) desconoce que la nota iba destinada a subrayar la orientación que en el texto se defiende de la correlación entre Jurisdicción y proceso (pág. 134), con su secuela de definición de la Jurisdicción como función estatal de satisfacción de pretensiones (pág. 141) y tratamiento por separado de la Jurisdicción como concepto político (o administrativo: la Jurisdicción como servicio público) y como concepto procesal (pág. 142), ideas todas que podrán o no ser compartidas, pero que, por no hallarse desarrolladas en la doctrina, justifica que se expongan en una tarea que se califica de investigación. Otra cosa es que ello no constituya sino un primero e insuficiente

b) Algo análogo cabe decir respecto a los problemas procesales a que a las partes hacen referencia, sobre todo (pues no cabe dar aquí una lista exhaustiva de la totalidad de tales problemas) del concepto mismo de parte procesal. Mientras que de la parte se ha hecho el titular de una relación juridicomaterial (el titular del bien litigioso deducido en el juicio, la explicación de la posición en que se encuentran ciertos sujetos procesales ha permanecido insoluble, sin que la distinción, poco feliz, entre partes formales y partes materiales representara más que un expediente, de dudoso rigor científico, para subsanar tales dificultades (97). La definición de las partes puede elaborarse, por el contrario, correctamente en relación precisamente con el concepto de pretensión procesal. Por ello, partes procesales serán aquella que formula y aquella frente a quien se formula la pretensión objeto del proceso. Así entendida, la polémica en torno al juego de los intereses que en las partes deben concurrir, cae radicalmente por su base, pues el concepto no se construye sobre la titularidad de un interés, sino sobre la titularidad de una actividad específica ya conocida; ningún inconveniente habrá, por lo tanto, en considerar a los procesos de incapacitación como auténticos procesos de parte (98); ningún reparo habrá, sobre todo, en entender que el proceso penal es, asimismo, un proceso de partes y que el Ministerio fiscal tiene verdaderamente la cualidad de parte, porque sea cualquiera el derecho o el interés que en el fondo del proceso penal se haga valer, el Ministerio fiscal formula una pretensión procesal y esto basta para atribuirle la condición de parte en el litigio (99).

avance de un tema necesitado de mayor desarrollo ulterior, lo que ya se anunciaba en las líneas preliminares, y que por ello la alusión a la organización judicial resultara anticipada (aunque no inexacta, pues también en contra de la opinión del crítico no hay, en nuestro parecer, un concepto de función o estructura, *id est*, organización judicial distinta de función y estructura jurisdiccionales, dada la correlación entre juicio (proceso) y jurisdicción, tesis precisamente del artículo que ALCALÁ ZAMORA no ha querido ver). Obvio es, por otra parte, que la investigación estricta no tiene por qué ser siempre cuantitativamente extensa y cualitativamente agotadora de la información bibliográfica del tema que se maneja.

(97) En efecto, la distinción entre partes materiales o substantivas y partes formales podrá ser cierta, pero no tiene significación procesal porque con ella quiere aludirse a la existencia, al lado de las verdaderas partes procesales, de otras que no lo son, aunque con ellas mantengan más o menos relaciones que quedan al margen del proceso.

(98) Acertadamente, CHIOVENDA, *Principios*, cit., II, pág. 8, rechaza la distinción del proceso inquisitorio (una de cuyas manifestaciones ser a el proceso de incapacitación) y el proceso de partes, porque también en el proceso inquisitorio se presentan dos personas distintas del Juez: mejor, en nuestra opinión, porque también en el proceso inquisitorio hay una pretensión formulada ante el Juez sobre un cierto sujeto pasivo.

(99) La teoría de la pretensión procesal aclara, pues, considerablemente la función del Ministerio Fiscal en el proceso y, sobre todo, su justificación. Claro está que cuando el Ministerio Fiscal interviene, no por vía de acción, sino por vía de asesoramiento o dictamen, no formula pretensión procesal alguna, pero es que entonces, precisamente, es cuando el papel del Ministerio Fiscal en el proceso parece más discutible e infundado (¿por qué colocar un asesor técnico al lado de un órgano que posee idénticos conocimientos, como ocurre usualmente

c) No es necesario detenerse a subrayar el valor sistemático de la pretensión procesal en lo que respecta a la determinación del objeto del proceso. La pretensión procesal es, como antes trató de demostrarse, dicho objeto; por lo tanto, aquí, más que una referencia existe una total identificación. Señalemos, no obstante, algunas de las consecuencias fundamentales que en la sistemática procesal determina la aplicación de la tesis esencial de este trabajo. El valor de un proceso, de tanta importancia para muchas aplicaciones concretas; v. g., la determinación de la competencia del Juez, por ser el valor de su objeto, será en definitiva el valor de la pretensión procesal; esto es, la determinación cuantitativa de la reclamación que en el proceso se formula (100). La oposición a la pretensión no integrará el objeto del proceso, sino que contribuirá simplemente a acotar o delimitar el medio lógico en que dicho proceso se mueve; sólo la reconvencción, actividad mediante la que el demandado formula una pretensión frente al demandante, vendrá efectivamente a ampliar el ámbito objetivo del litigio (101). El proceso acumulativo deberá configurarse como un proceso de objeto plural y, por ello, como un proceso con pluralidad de pretensiones, afirmándose esta idea tanto de la llamada acumulación sucesiva por inserción (ampliación de demanda, reconvencción, tercera) o por reunión (acumulación de autos) (102).

d) La materia de los actos procesales particularmente considerados puede escapar en su regulación de detalle a la idea de la pretensión procesal; pero por esencia, un acto procesal será aquél y sólo aquél que refiera su sentido a la idea objetiva común a todo proceso de la satisfacción de la pretensión, debiéndose rechazar, en consecuencia, las definiciones de los actos procesales referidas a la relación o a la situación jurídica, y remitirse a la idea de la institución procesal caracterizada por el propósito genérico que toda pretensión lleva consigo (103).

e) Pero, sobre todo, en el tema del nacimiento, desarrollo y terminación del proceso, despliega la pretensión procesal su máximo valor de sistematización.

con el Juez?). El verdadero Ministerio Fiscal no es el que asesora o dictamina sino el que reclama o se opone a una reclamación, naciendo la necesidad de su existencia de la dualidad: pretensión-decisión, básica en todo proceso, y de la inconveniencia de abandonar a los particulares, en ciertos casos, la puesta en existencia del primero de los términos del binomio. El Ministerio Fiscal es, pues, propiamente una parte verdadera, independientemente de cuál sea el interés substantivo que protege en el pleito o causa y es parte por su titularidad activa o pasiva de una pretensión procesal.

(100) V. GUASP, *Comentarios*, cit., II, pág. 120 y ss.

(101) V. GUASP, *Comentarios*, cit., II, pág. 278 y ss.

(102) V. GUASP, *Comentarios*, cit., I, pág. 512 y ss.

(103) Por ello el concepto de acto procesal debe referirse a la institución procesal como figura destinada a la satisfacción de pretensiones, y no a la relación procesal, si bien, como ambas nociones no son incompatibles (la institución es la expresión unitaria de una cierta pluralidad de relaciones) el concepto de acto procesal que expusimos en una obra anterior: GUASP, *Comentarios*, cit., I, pág. 673, no debe estigmatizarse como inexacto en absoluto.

En el nacimiento del proceso la significación de la pretensión es de tal modo importante en la práctica, que como se vió con anterioridad, el acto típico de iniciación procesal, esto es, la demanda ha sido tradicionalmente confundida con la pretensión, absorbiéndose en un concepto unitario la actividad de iniciación procesal y la actividad de formulación de una reclamación de fondo frente a otra persona. El equívoco debe ser deshecho, según anteriormente quedó puesto de relieve, pero la escisión de conceptos no aloja en mundos radicalmente dispares a la demanda y a la pretensión procesal. La demanda es una actividad de iniciación de un proceso que, o encierra dentro de sí la pretensión procesal, o viene referida a una pretensión que más tarde se formulará. Incluso en los supuestos, excepcionales dentro del proceso civil, en que el proceso comienza mediante iniciativa del órgano jurisdiccional, la conexión de tal iniciativa con la eventualidad de la pretensión ulterior es, asimismo, forzosa y no deja en ocasiones de ser anunciada por el propio derecho positivo (104).

También el desarrollo del proceso se ordena bajo esta constante del devenir procesal que constituye la pretensión. Ello ocurre en las dos líneas fundamentales del desarrollo de todo proceso: la instrucción y la ordenación. En la instrucción porque, tanto si se opera en un proceso de cognición mediante alegaciones y pruebas, como si se verifica en un proceso de ejecución mediante embargos y realizaciones forzosas, el punto de referencia que la pretensión constituye no se pierde nunca de vista; las alegaciones y las pruebas se hacen para convencer al Juez de la verdad o de la falsedad del fundamento de una pretensión; el embargo y realización forzosa se hacen para proporcionar al Juez los medios de resolver adecuadamente una pretensión de ejecución. Y en la ordenación procesal, en el impulso, en la dirección y en la formación del proceso, la pretensión procesal y su satisfacción definitiva constituyen siempre la directriz final de todas las actividades, aunque a veces por el menudo carácter instrumental que éstas asumen, se pierda de vista la conexión que existe entre uno y otro problema (105).

No habrá que decir que en la decisión del proceso la referencia a la pretensión procesal ocupa un primer plano de extraordinario relieve. Fijémonos solamente en lo que ocurre en la sentencia. Toda

(104) V. lo dicho a este respecto en una nota anterior.

(105) El paralelo entre alegaciones y pruebas, como actos de instrucción en el proceso de cognición y embargos y realizaciones forzosas, como actos de instrucción en el proceso de ejecución ha sido intentado construir ya anteriormente. Obsérvese, en lo que ahora interesa, que las alegaciones y pruebas que no se refieren de algún modo a la pretensión procesal se rechazan según el derecho positivo por impertinentes; lo mismo habría que decir, en igual caso, respecto de embargos y realizaciones forzosas: v. g., respecto de un embargo que superara el valor de la deuda a cargo del ejecutado. En cuanto a los actos de ordenación, su referencia al objeto básico del proceso es evidente: se impulsa, se dirige y se deja constancia del mismo para servir a la pretensión procesal, aunque por la índole más instrumental de los actos de ordenación la referencia sea sólo indirecta y secundaria.

ella vive referida a la pretensión del actor; es, como a veces se ha dicho, la respuesta que da el Juez a la pretensión del demandante. El mismo principio de la congruencia, tan olvidado en las obras doctrinales generales sobre el proceso, no tendría razón de ser si no fuera por la idea fundamental de la pretensión procesal (106). La sentencia cierra el ciclo del proceso resolviendo el objeto que a éste se ha proporcionado. Y lo mismo cabe decir (aunque por la índole material de las operaciones que lleva consigo el fenómeno adquiera menor relieve) de las operaciones judiciales de carácter ejecutivo, es decir, de aquellas por las que se satisface, en forma positiva o negativa, una pretensión de ejecución.

f) En lo que respecta a los efectos del proceso, el valor sistemático de la pretensión procesal vuelve a manifestarse con extraordinaria importancia para la explicación del fenómeno trascendental de la cosa juzgada.

Qué sea la cosa juzgada lo dicen suficientemente las doctrinas procesales al definirla (en cuanto a la auténtica cosa juzgada: la material, por oposición a la llamada formal, que consiste en la firmeza de la sentencia) como la inatacabilidad del resultado del proceso en cualquier otro litigio posterior; en este sentido la teoría de la pretensión procesal no hace sino repetir, con su peculiar terminología, el mismo principio definidor considerando a la cosa juzgada como la imposibilidad de que se formule un nuevo juicio, una pretensión ya decidida (aspecto negativo de la cosa juzgada), o que se decida una pretensión procesal en sentido distinto a como fué resuelto en un proceso anterior (aspecto positivo de la cosa juzgada).

Pero donde resulta más significativa la concepción de la pretensión procesal es en la determinación del fundamento de esta cosa juzgada (107). En efecto, cuando se coloca el centro de gravedad del proceso en la idea de la satisfacción de pretensiones, se comprende inmediatamente el porqué, la razón de ser de la eficacia característica de la cosa juzgada. Una pretensión que se ha ventilado ya en un proceso es una pretensión jurídicamente satisfecha y, por consiguiente, no existe la base esencial que permitiría originar un litigio nuevo

(106) En efecto, la congruencia, principio básico del proceso, que inexplicablemente carece todavía de un estudio doctrinal a fondo, por lo menos en el proceso civil, no es sino la actuación positiva de los tres postulados conceptuales del proceso tal como anteriormente quedaron planteados: todo proceso supone una pretensión, toda pretensión exige un proceso, ningún proceso puede ser mayor, menor o distinto que la correspondiente pretensión.

(107) ALLOMIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, 1935, pág. 9 y ss., ha visto certamente que la antítesis entre las dos concepciones fundamentales de la cosa juzgada: sustancial y procesal, puede y debe reducirse a la antítesis entre los dos modos de entender la finalidad del proceso: resolución de conflictos, actuación del derecho. Aunque sus conclusiones difieren naturalmente de las que en el texto se exponen, siempre hay que retener la enseñanza de que toda explicación de la cosa juzgada debe ser congruente con el criterio que se adopte respecto al concepto del proceso, principio al que, por nuestra parte, tratamos de permanecer máximamente fieles.

(108). En cambio, cuando se coloca la explicación de la cosa juzgada en una simple idea de seguridad, sobre oscurecer el principio fundamental de justicia que el proceso interesa realizar, acaso en mayor medida que aquél, se da una justificación de la figura que no proporciona una clave motivada del porqué ocupa un puesto tan importante en la construcción del derecho procesal, importancia que intuitivamente queda adivinada y que no guarda parangón con ninguno de los otros institutos afines que garantizan también la seguridad. Al hacer de la esencia del proceso la satisfacción de una pretensión, la significación trascendental de la cosa juzgada se revela en toda su importancia, pues con tal concepción la cosa juzgada no puede ser nunca un elemento secundario del proceso, sino una secuela inevitable de su misma definición conceptual.

g) También para la determinación de los tipos particulares de proceso, el concepto de pretensión procesal se descubre como insustituible. La diferencia entre proceso ordinario y proceso especial que no puede ser asentada sobre la idea de la Jurisdicción o del procedimiento, reposa sólo sobre una base firme cuando se la hace descansar en la figura de la pretensión procesal, entendiendo que proceso ordinario es aquél que está reservado a las pretensiones que no reciben en el derecho positivo un tratamiento específico y proceso especial, por el contrario, el que se destina a recoger pretensiones singulares y determinadas. Y esta idea es también útil en su aplicación inversa, es decir, no sólo en la determinación de la pretensión en función del proceso, sino, lo que acaso tiene más importancia, en la determinación del proceso en función de la pretensión, permitiendo establecer la importante tesis de que a pretensiones distintas corresponden procesos distintos, v. gr., que a una pretensión especial corresponde siempre un proceso especial. Bastan para demostrar la trascendencia de esta tesis la observación que su adopción produce con respecto, por ejemplo, a la naturaleza de los recursos (pretensiones de modificación de una resolución judicial) y del procedimiento a que tales recursos dan lugar (109).

(108) V. sobre ello lo que decimos en otro artículo: GUASP, *Los límites temporales de la cosa juzgada*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I, págs. 435 y ss.

(109) Contra la teoría dominante debe afirmarse, en efecto, que el recurso no es una mera reproducción de la pretensión inicial, sino una pretensión especial autónoma y el procedimiento a que da lugar no es la continuación del procedimiento anterior, sino un procedimiento especial autónomo también. Tal construcción es la única que explica satisfactoriamente la prohibición de la *reformatio in peius*, la cual, desde este punto de vista, no resulta sino la aplicación al proceso de impugnación de la prohibición general de la incongruencia, puesto que una sentencia que revocara el fallo anterior a favor del apelado no adherido, sería una sentencia que no recaería sobre pretensión procesal alguna, dada la distinción entre pretensión inicial y pretensión de impugnación. No debe verse, pues, diferencia substancial entre el recurso o gravamen y la acción impugnativa autónoma en opinión a la difundida, y, desde luego, sugestiva enseñanza de la doctrina opuesta, máximamente representada en este punto por CALAMANDREI, *Visti della sentenza e mezzi di gravame*, en *Studi sul processo civile*, 1930, I, página 168 y ss.

h) Digamos, finalmente para terminar, que en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, aunque sea por vía negativa, el concepto de pretensión procesal desempeña igualmente un importante papel delimitador. La diferenciación entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria sólo puede obtenerse eficazmente cuando se reconoce en la primera y se niega en la segunda la existencia de una pretensión procesal auténtica (110). Ahora bien, el conocimiento de la pretensión es todavía más importante en esta esfera en cuanto que el objeto de la jurisdicción voluntaria aparece constituido muchas veces por figuras aparentemente análogas a las de la contenciosa, pero que examinadas a fondo manifiestan su discrepancia con ella (111). En la jurisdicción voluntaria hay a veces reclamaciones dirigidas al Juez, pero que por no formularse frente a personas determinadas o determinables, no constituyen verdaderas pretensiones procesales (112). En este sentido, el análisis de la estructura de la pretensión procesal, tal como anteriormente se verificó, permitiría acaso emplazar sistemáticamente a la jurisdicción voluntaria en el ámbito del ordenamiento jurídico, asignándola un puesto intermedio entre la actividad administrativa de carácter espontáneo y la actividad judicial auténtica, de carácter provocado por una pretensión verdadera, atribuyéndole, en efecto, las actividades provocadas por peticiones en las que faltando el elemento del sujeto pasivo, necesario para la construcción de la pretensión procesal, no puede hablarse con certeza de la existencia de ésta.

(110) V. la bibliografía citada sobre el tema, en general, en CASARINO VITERBO, *La jurisdicción voluntaria ante la doctrina*, en *Revista de derecho procesal* (Argentina), IV, pág. 354 y ss., si bien omite las aportaciones alemanas.

(111) Aunque, naturalmente, el derecho positivo puede matizarlas de tal modo que se opere en ellas una gradual transición.

(112) Lo que, para el derecho español, se deduce positivamente de la definición legal de los actos de jurisdicción voluntaria dada por el artículo 1.811 de la ley de Enjuiciamiento civil.

El problema de la división del usufructo

(Estudio romano-civilístico)

ALVARO D'ORS Y J. BONET CORREA

Profesores de la Universidad de Santiago

Intentamos aplicar aquí, a una institución determinada, el principio metodológico de que el valor del Derecho Romano no reside en una simple función de precedente histórico del Derecho civil moderno, sino en sus posibilidades para instruir al jurista moderno en un espíritu de libertad frente al legalismo, procurándole conciencia cabal de la génesis y transformación de las instituciones jurídicas y una prudente seguridad para tratarlas según su destino esencial e impulsarlas en su devenir por el derrotero que les impone su más auténtica genealogía; el estudio del Derecho Romano conduce así a la rectificación y superación de la crisis actual del Derecho civil. En este sentido, el estudio del Derecho Romano, se entiende el estudio crítico, es para el jurista moderno una subversión, pero también una purificación ().*

SUMARIO: I. 1. La distribución sistemática del tema de la divisibilidad.—2. Aprovechamiento solidario y aprovechamiento exclusivista.—3. El usufructo, derecho divisible.—4. El usufructo, derecho indivisible.—5. El supuesto derecho de acrecer entre cusufructuarios.—6. La función genuina del usufructo.—II. 7. Tipos de usufructo en el Código civil español: a) Cusufructo voluntario: derechos y obligaciones; b) otros modos voluntarios de constituirse el cusufructo; c) el usufructo legal: examen de los diversos usufructos legales; d) tipos formales de usufructo.—8. La división de la comunidad de usufructo en el Código civil: a) posición crítica respecto al sistema del Código civil; b) reacción comunitaria actual.—9. El concepto del cusufructo y plan-

(*) Sobre esto, ya en *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano* (1943), de A. D'ORS, y, recientemente, *La crisi attuale del Diritto nell'impostazione romanistica*, del mismo, en *Jms*, 3 (1951), 341; cfr. P. FUENTESECA, en *AHDE*, 20 (1950), 983. [Texto español, ahora, en la serie «O crece o muere», 1952].

teamiento del problema. La solución de los Derechos forales.—10. La indivisibilidad del cousufructo: a) opción del heredero ante el usufructo inoficioso: b) el acrecimiento en el cousufructo; c) la extinción del cousufructo.

I

1. La distribución sistemática del tema de la divisibilidad.

La investigación jurídica debe partir de la base siguiente: que el juicio es el centro de todo sistema jurídico; en consecuencia, cualquier fenómeno jurídico debe ser reducido y considerado en su concreta realidad judicial. Dentro de una tendencia no sin abolengo, hemos dicho que el Derecho Romano debe ser estudiado como un «Sistema de Acciones». Con la reflexión de los años, este punto de vista, no sólo no se ha relajado, sino que cada vez se nos hace más evidente, incluso para el Derecho civil. La sistemática Pandectista, al tomar, siguiendo una trayectoria racional-jusnaturalista, como pieza angular el derecho subjetivo, ha falseado la realidad de la vida jurídica. Una visión realista del Derecho ha de fundarse en el momento concreto de la acción. Esto también se patentiza en materia de divisibilidad.

En la sistemática usual, el tema de la divisibilidad o indivisibilidad aparece colocado en sedes diversas: se habla de divisibilidad de las cosas al tratar de las «cosas», de la divisibilidad de los derechos reales en el Tratado de los «Derechos Reales», y de la divisibilidad de los derechos personales en el Tratado de las «Obligaciones». Esta dispersión del tema resulta, ya en sí, algo sorprendente, toda vez que el concepto de la división se nos presenta como unitario; pero lo que todavía debe ocasionar mayor perplejidad es que los juristas nos tengamos de preocupar de la divisibilidad física de las cosas, casi como podría hacer un naturalista (1). Llegado ese momento, ponemos aquellos bonitos ejemplos de la divisibilidad de una piedra (no se diría lo mismo de una piedra preciosa) o la indivisibilidad del caballo (aunque tampoco se diría lo mismo si fuera de la carne de un caballo). Frente a ese concepto tan natural de la división oponemos otro mucho más difícil y abstruso de la divisibilidad ideal, por cuotas, de una cosa, y decimos que son idealmente divisibles aquellas cosas que tenemos *pro indiviso*, lo cual no deja de ser un nuevo tipo de acertijo.

Me parece que esto resulta mucho más claro y elemental cuando se mira desde el punto de vista de la acción.

(1) ARISTÓTELES. *Híst. animal*. I, I, clasifica los objetos en *homoiomérē* y *anomoiomérē*, según consten o no de partes homogéneas; esto, por sí mismo, no interesa al jurista; sin embargo, ha influido perversamente en la dogmática; v. gr.: SCIALOJA, *Proprietà*, I, 76, y, en general, los Pandectistas.

El primer error está en creer que al jurista le puede interesar por sí misma una cualidad física de las cosas. Esto viene de que los juristas modernos, más fieles que inteligentes en materia romanística, han olvidado que, para los romanos, la palabra *res* quiere decir también el dominio de una cosa. Los romanos, como es sabido, no conocieron el «derecho de propiedad», sino «la propiedad» sin más: la *res* para ellos era la propiedad de la cosa. Así, el problema de la divisibilidad de las *res* concierne al derecho de propiedad. Ahora bien: la propiedad se resuelve en una serie de distintos medios procesales. De ellos, hay dos para los que el problema de la división tiene interés.

En primer lugar, la división interesa en la *actio communi dividundo* (o *familiae erciscundae*). Cuando dos o más propietarios se presentan ante el juez para que éste ponga fin al estado de indivisión, aquel juez debe examinar si la prudencia le aconseja hacer porciones de la cosa en litigio para dar una porción material en propiedad a cada litigante, o si, por el contrario, es conveniente no hacer porciones, sino evaluar la cosa y producir la división sobre la base de indemnizaciones pecuniarias, ya sea con adjudicación de la cosa a un condueño, ya con venta a un extraño; incluso puede aconsejar la prudencia de un juez hacer una adjudicación de partes cualitativamente distintas, por ejemplo, dando a uno el usufructo u otro derecho y dando al otro participe el resto del derecho dominical. En este caso, nuestro C. c. es simplista, y deja pocas posibilidades al juez (art. 404) cuando «la cosa fuere esencialmente indivisible»: adjudicación convencional o reparto del precio. Afortunadamente, el juez recobra su libertad, en parte, al no determinar la ley cuál sea esa indivisibilidad «esencial». Es decir, la divisibilidad o no dependerá de la prudencia del juez. No se trata de nada «esencial» ni de nada «físico», sino de un concepto económico (2). Una pieza de tela será todo lo esencialmente divisible que se quiera, pero habrá que tachar de insensato a un juez que haga partes de la misma hasta el extremo de que las porciones no lleguen para un corte de traje. Lo mismo podría decirse de un juez que dividiera una finca en pequeñas parcelas en un ambiente agrícola dominado por el tractor. En cambio, una casa podría hoy ser dividida por pisos (3). Quiere esto decir que el problema de la

(2) En Dig., 30. 26. 2, un texto extensamente interpolado (vid. *Index Interpolationum*: BONFANTE, RUDORFF, GRADENWITZ, KRÜGER, PEROZZI, MESSINA VITRANO), parece distinguirse entre *res naturaliter indivisae* y aquellas que no pueden dividirse *sine damno*, pero, al fin de cuentas, todas son indivisibles por el adverso resultado económico de la división. BETTI, *Istituzioni*, pág. 362, habla de poder conservar o no la «función económico-social».

(3) Dig., 8. 4. 6. 1, *in fine*, habla de una división vertical del edificio, mediante una pared, *ut plerique faciunt*. Lo que impedía en Roma la propiedad por pisos era la idea de que en una *res fundi* («bien raíz») no podía prescindirse del *fundus*. No repugnaba, en cambio, a la mentalidad romana que alguna parte del edificio se hallara *pro indiviso*; así, por ejemplo, un *testibulum* (Dig., 10. 3. 19. 1) o una *paries*.

divisibilidad en el juicio divisorio (*actio communi dividundo*) está todo el supeditado a la prudencia judicial, la cual debe tener en consideración, ante todo, el valor económico (*utilitas*) de la cosa y de sus posibles porciones (4).

Pero también interesa el problema de la divisibilidad en relación con otra acción del propietario, con la misma *rei-vindicatio*, que debemos traducir: «petición de propiedad». El antiguo nombre técnico para la «acción» es *petitio*; la *vindicatio* es una *petitio in rem*; pero *res* es la propiedad.

Con una sencillez rara ya en nuestros días, decía Paulo, comentando la fórmula reivindicatoria del Edicto (Dig. 6, 1, 35, 3), que «también de las cosas que no pueden ser divididas sin desaparecer es claro que podemos reclamar una parte». Esto quiere decir que en materia de reivindicatoria la divisibilidad tiene otro sentido distinto que en materia de acción divisoria: en ésta se trataba de adjudicar o no porciones a los condueños que quieren dejar de serlo; allí se trata de la admisión de una petición parcial de la propiedad, de un *pro parte petere*. Así resulta que el complicado concepto de la divisibilidad ideal de las cosas quiere decir simplemente que es posible, en los Tribunales, entablar una reivindicatoria parcial.

Naturalmente, como la acción es el fundamento de todo el sistema jurídico, la posibilidad de reivindicar *pro parte* permite la constitución, transmisión y extinción *pro parte* también del derecho de propiedad, y así decimos que la propiedad es un derecho divisible. Si los Tribunales dejaran de admitir reivindicatorias parciales, nadie sería tan imprudente de comprar una parte ideal de propiedad: la propiedad se habría hecho indivisible. En efecto, no todos los derechos reales son divisibles. Tampoco lo son todos los derechos personales.

A propósito de la divisibilidad de las obligaciones tenemos un texto en el Digesto (Dig. 45, 1, 85 pr.), un texto evidentemente espurio (5), pero que, a pesar de eso, enfoca el problema de una manera acertada, como hubiera hecho un clásico, aunque con otro lenguaje. Dice así: «En la reclamación judicial (6) de la obliga-

(4) Distinguimos así la «porción» de la «parte» constitutiva («Bestandteil» de los alemanes). Los romanos usaban sin preocupación de la palabra *pars*, pero, cuando llegaba el momento, sabían distinguir; cfr. Dig., 46, 4, 13, 2.

(5) Sorprende, de todos modos, que sean pocos los que repararon en que el texto no es clásico. Vid. *Index Interpolationum*. Como ocurre con mucha frecuencia, aunque el texto sea post-clásico, es utilizable para el Derecho clásico. Probablemente, el texto se funda en una clasificación de los tipos de *stipulationes*, como la de Dig., 45, 1, 2, 1. La teoría general de la obligación se nutre de la teoría romana de la *stipulatio*. Sobre el problema de la divisibilidad o no de las obligaciones, vid. ALBERTARIO, *Corso* (1945), págs. 266 y siguientes; sobre las alteraciones justinianas en materia de solidaridad (acción de regreso, etc.) entre codeudores, *ibid.* págs. 274 y sigs.

(6) El texto dice *in executione*. La extensión del término *executio* a toda

ción hay que distinguir cuatro tipos: a veces es algo que podemos conseguir dividido de los herederos (es decir, que podemos reclamar parcialmente a prorrata de la cuota de cada heredero del deudor); otra cosa, lo que se debe pedir en su totalidad «solidariamente» y no puede abonarse por separado; otra cosa, lo que se pide parcialmente, pero no puede pagarse sino en su totalidad; otra cosa, lo que hay que pedir solidariamente, por más que admita partición en el pago.» Todo se reduce, como se ve, al problema procesal del *pro parte petere*: o se admite (divisibilidad de la obligación), o no se admite (indivisibilidad de la obligación). Las otras combinaciones que se presentan en ese inelegante texto (cuya continuación presenta los ejemplos) no alteran para nada ese punto de vista fundamental. En una obligación alternativa, por ejemplo, si elige el deudor, cada acreedor puede reclamar su parte, pero hay indivisibilidad en el cumplimiento, ya que el deudor no puede pagar a A la mitad de un objeto y a B la mitad de otro objeto distinto. En realidad, aquí no hay indivisibilidad, sino un efecto análogo que proviene de la misma alternatividad (7). Viceversa, los herederos del vendedor mancipante deben ser reclamados (8), en caso de evicción, de una manera solidaria, pero cada uno debe indemnizar tan sólo en proporción a su cuota hereditaria. También aquí se trata de un aspecto secundario de la indivisibilidad de la reclamación para el juicio de evicción.

El criterio para admitir o no una acción personal *pro parte* dependerá también de la prudencia judicial, la cual debe tener en cuenta, ante todo, lo convenido por los contratantes. Las obligaciones consistentes en *dare* (que quiere decir «dar la propiedad») es natural que sean consideradas como divisibles, ya que la propiedad misma lo es. Pero un jurista moderno debe andar con mucho cuidado al leer los textos latinos que tocan esta cuestión. Si se encuentra con el atormentado texto que nos conserva Dig. 45. 1, 72 pr., en el que se nos presenta como indivisible una estipulación de hacer una *traditio*, es probable que quede algo perplejo (9). No se trata de nada anormal. Ya hemos dicho que *dare* es dar la propiedad, pero *tradere* no es dar la propiedad, sino «entregar». El vendedor, por ejemplo, está abligado a *tradere*, pero

reclamación judicial es característico del lenguaje post-clásico. Vid. A. D'ORS en *AHDE*, 16 (1945), 752.

(7) Cfr. Dig. l. c., 4, *in fine*. Del mismo modo, tampoco podrán varios acreedores, si tienen ellos la elección, pedir prestaciones parciales distintas. Vid. también Dig., 45, 1, 2 1, y *eod.*, 54.

(8) Cfr. Dig. l. c., 5, donde no se habla de reclamación, sino de *denuntiatio*, pero vid. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, II, 1, 239, n. 6; también *Index Interpolationum*.

(9) Tanto, que algunos autores quisieron sanar el texto en *fundum radi* o *arari*, en vez de *fundum tradi*, lo que incluso les parecía más en consonancia con la continuación: *vel fossam fodiri vel insulam fabricari*. No debe olvidarse, por lo demás, que una *traditio* de un *fundus* no era suficiente para transmitir la propiedad civil sobre el mismo.

no a *dare* (10) (salvo el riesgo de saneamiento por evicción, que, por lo demás, puede ser eliminado como elemento no esencial, sino simplemente natural; y esto tan sólo desde el siglo II. d. C., ya que con anterioridad a esa fecha tal efecto sólo se producía en caso de *mancipatio*). Paulo (Dig. 45, 1, 28) ilumina bien la cuestión al decir: «Si nos hacemos acreedores por estipulación de la entrega de una cosa, se entiende que no estipulamos que se nos dé la propiedad, sino tan sólo que se nos entregue». Ahora bien, entregar es un hacer (*facere*), y ese hacer, un juez prudente lo estimará como indivisible. Se puede admitir una reclamación de que se me dé la mitad o un tercio de la propiedad de una cosa, pero no de que se me entregue a medias o a tercias; se entrega el todo o nada, ya que la entrega sólo puede recaer sobre objetos materiales, no sobre cuotas ideales, como puede ocurrir en la propiedad. Esta diferencia entre el *dare* y el *tradere* es fundamental para la inteligencia de los textos romanos; en el vocabulario moderno, en cambio, los sentidos se hallan mucho más confusos (11).

La indivisibilidad de todas las obligaciones de hacer se enuncia, quizá por un glosador del margen, en Dig. 35, 2, 1, 9 (12).

Una cierta oscilación se observa, sin embargo, respecto a las obligaciones de *dare operas* (13). Es probable (14) que aquí los clásicos admitieran la divisibilidad (15), precisamente porque asi-

(10) Hasta tal punto es esto así, que si el vendedor se obliga a *dare*, el contrato deja de ser una *emptio-venditio*: Dig., 12, 4, 16, un texto que dió lugar a una profusa literatura, pero que dice lo que dice.

(11) El art. 1.088 del Código civil habla, en efecto, de «dar», y al 1.094 se sigue hablando de «dar», pero ya en el 1.095 se empieza a hablar de «entregar». Aunque el legislador que no es muy riguroso en su terminología, parece indicar por el verbo «dar» el contenido de la obligación y por «entregar» un elemento de aquel contenido: «La obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados» (art. 1.097), sin embargo, hay que renunciar a una distinción, porque ya el art. 1.100, en contradicción terminológica con el 1.088, opone a las obligaciones de hacer las de «entregar». En todo caso, también en el Derecho español el vendedor está obligado tan sólo a «entregar» (arts. 1.445 y 1.461; correctamente, M. ALBALADEJO, *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, en *Rev. gen. de Leg. y Jur.*, 14 (1947), 409), por más que esa entrega comprenda el poner en la «puissance» (cfr. *Code Napoléon*, art. 1.604, donde es evidente que no puede tratarse de hacer propietario al comprador, pues yo lo es: 1.583 del mismo *Cod. Nap.*), según nuestro 1.462. Pero la consecuencia para nosotros más grave, de esta confusión, está en que en el art. 1.151 se reputan indivisibles las obligaciones de «dar cuerpos ciertos»; el legislador está pensando en *tradere* y no en *dare*.

(12) *Quia necessario ex omnibus quae sint facti pars decedere debet nec pars operae intelligi potest.*

(13) A diferencia de las obligaciones de realizar una obra, que son claramente indivisibles. Cfr. Dig., 35, 2, 80, 1; 45, 1, 72 pr.; 39, 1, 21, 5.

(14) Sobre esto vid. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, págs. 58 y sigs. no bien reflejado en este punto por J. FEO, en *AHDE*, 18 (1941), 912.

(15) Dig., 38, 1, 15, 1. En Dig., 38, 1, 8, pr., sin embargo, la divisibilidad podría explicarse por el hecho de que el único contenido posible de la

milaban ese tipo de obligación al de una obligación de *dare genera* (16), pero que Justiniano, en cambio, hubiese preferido la equiparación a las obligaciones de hacer.

Si las obligaciones de un hacer son indivisibles, lo mismo se puede decir todavía de las de no hacer. En realidad, más que una afirmación general de principios vale preguntarse en cada caso concreto si debe admitirse, en el supuesto de una realización parcial del acto que no debía hacerse, una reclamación *pro parte* o no (17). Quizá la prudencia del juez admita a veces una reclamación *pro parte*. Si me comprometo a no ejercer una industria frente a un productor exclusivo que dejó tres herederos, con sendas fábricas, y dos de ellos se avienen a perdonarme la deuda, la infracción del compromiso quizá pueda admitirse tan sólo *pro tertia parte*, ya que el perjuicio que la ocasiona es en esa proporción. Si, en cambio, un inquilino se compromete frente a sus vecinos a no montar una industria molesta, y se estipula una cláusula penal, aunque todos los vecinos, menos uno, le perdonen la deuda, quizá un juez imponga al infractor, en favor del único vecino reclamante, la misma condena que si hubiesen reclamado todos. La diferencia está en que el daño ocasionado en el primer caso se distribuye entre los tres herederos del productor exclusivo; en el segundo caso, el daño es total para cada vecino: el vecino que reclama no tiene una cuota de daño, sino el daño entero. Todos estos matices no puede captarlos la ley, sino que dependen de la prudencia judicial. El art. 1.151, párrafo 3, lo reconoce muy sensatamente: «En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular.»

El problema de la divisibilidad o indivisibilidad se presenta en parecidos términos cuando se trata de los derechos reales. También aquí hay que preguntarse por la procedencia o no de una acción *pro parte*. Ya vimos que si procede la *rei-vindicatio pro parte*. Lo mismo se puede decir de la *petitio agri vectigalis* y desde que se admite como acción real, la *actio de superficie* (18). También de la *vindicatio ususfructus*, pero ese es el tema precisamente al que nos encaminamos con estas aclaraciones previas. Por

obligación es la indemnización pecuniaria: *et peti posse partem operae cum semper praeterita opera, quae iam dari non possit, petatur.*

(16) Dig., 45, 1, 54 pr.: *operarum stipulatio similis est his stipulationibus in quibus genera comprehenduntur.* Cfr. DE ROBERTIS, op. cit., pág. 58.

(17) BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*, pág. 292: según la actividad que no se debe realizar sea susceptible de fraccionamiento o no. La obligación de no impedir el paso (servidumbre impropia—meramente obligacional—de *iter* o *actus*) se considera así indivisible por Juliano, Pomponio y Paulo (Dig., 45, 1, 2, 5; *eod.*, 85, 3, cfr. supra nota 5; también 10, 2, 25, 12).

(18) Dig., 10, 2, 10, presenta como divisibles los *praedia vectigalia vel superficialia*. Sobre la evolución del derecho de superficie vid. ahora el estudio de H. VOIGT, *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*. Cfr. DE VISSCHER en *Rev. Int. des Droits de l'Antiquité*, 6 (1951), 304.

el contrario, se niega la procedencia de una *vindicatio usus* (19) o una *vindicatio servitutis* parciales (20). Cuestión aparte es la de la llamada indivisibilidad de la acción hipotecaria. Los coacreedores hipotecarios, por más que sólo puedan cobrar su parte cada uno, pueden ejercer el *ius distrahendi* por el todo; el acreedor, dice Paulo (Dig. 10, 2, 25, 14), «tiene íntegro derecho a vender» cuando no se le ofrece un pago total de la deuda. Estos son aspectos semejantes a la indivisibilidad, pero que provienen de la misma función de garantía a que sirve la hipoteca.

2. Aprovechamiento solidario y aprovechamiento exclusivista.

Cuando buscamos la razón que hace a la propiedad y al dominio útil divisibles, en tanto hace indivisibles a las servidumbres, llegamos a percibir esta clara distinción: si todos los derechos reales suponen una relación de aprovechamiento de la cosa, hay unos que suponen un aprovechamiento de *disfrute*, o explotación económica; otros, en cambio, de simple *utilización* (21); aquéllos no permiten un aprovechamiento conjunto de varias personas en el todo, es decir, un aprovechamiento solidario; éstos, en cambio, sí. Explotación y solidaridad son inconciliables. Llamamos a la relación de «disfrute» *possessio*; a la de «utilización», *usus*.

No se nos oculta que *usus* y *possessio* significaron en un principio la misma cosa, y que no faltan restos de esa etapa de indistinción, empezando por la misma *usu-capio*, que se realiza por la *possessio* continuada; pero es cierto que los juristas clásicos, con mayor perspicacia, supieron distinguir entre relaciones posesorias (propiedad y dominio útil) y relaciones usuarias (servidumbres) (22).

En el terreno de estos derechos reales se puede decir que las relaciones posesorias son divisibles y las usuarias son indivisibles; pero nos parece que, formulada así la distinción, no se capta la

(19) Dig., 7, 8, 19 (Paulo), sobre el que volvemos más adelante (infra, nota 24).

(20) Dig., 8, 1, 17 (Pomponio): *Viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est*, etc.

(21) Llamamos disfrute a la consumición, sea física, sea económica, de la cosa misma o de sus frutos. Sobre las cosas consumibles, por tanto, el uso, necesariamente consuntivo, es ya una forma de disfrute.

(22) Sobre la historia de la relación entre *usus* y *possessio*, vid. los estudios de ALBERTARIO recogidos ahora en el vol. II de sus *Studi di Diritto Romano*. Que la *possessio*, originariamente, se refería tan sólo a los inmuebles es muy probable. Ello explicaría que en la fórmula del interdicto *utrubi*, todavía, no se hable de *possidere*. Cfr. DAUBE, en *Rev. Int. des Droits de l'Antiquité*, 6 (1951), 37. *Possessio* habría sido el *usus proprius* de los fundos; todavía en Dig. 50, 16, 115 (Javoleno), leemos: *possessio ergo usus, ager proprietatis loci est*. La distinción entre *frui* y *possidere* tenía todavía interés a efectos de la legitimación interdictal. (Frag. Vat. 90.)

prioridad genética del concepto. Si las relaciones posesorias son divisibles es precisamente porque no son susceptibles de solidaridad. Así, quizá sería más ajustado hablar de solidaridad e insolidaridad (23).

Las relaciones posesorias son insolidarias porque no es posible que dos o más personas se aprovechen de una explotación económica a la vez y en una misma medida. En cambio, eso mismo es posible cuando se trata de una relación de simple uso. Dice Ulpiano (Dig. 13, 6, 5, 15), a este propósito: «El uso de unas termas (*balineum*), de un pórtico, de un campo, es para cada uno *in solidum*, y no hago yo menos uso porque otra persona use también.» Sería ridículo que una persona pretendiera tener una cuota de uso, por ejemplo, de paso por una finca: que el heredero del propietario del fundo dominante dijera que podía pasar en una mitad o en un tercio. Por aquel camino puede pasar él y puede pasar el otro heredero y puede pasar el propietario, el usuario (Dig. 7, 8, 11), el arrendatario, etc.; todos usan del paso solidariamente. Lo mismo que por un camino público pueden pasar todos los que quieran. Naturalmente, no pueden ocupar todos a la vez el mismo lugar, como no puede usar de un asiento público simultáneamente un gran número de personas; pero eso no impide que todas usen de aquel camino o de aquel asiento. Por el contrario, tan pronto surge la relación de disfrute exclusivista, de explotación, se impone la necesidad de hacer partes; los rendimientos económicos de una finca no pueden ser aprovechados solidariamente, sino que cada cotitular debe quedarse con una parte. Cuando dos personas tienen un árbol para acogerse a su sombra—relación meramente usuaria—, pueden aprovecharse de él solidariamente; pero cuanto lo tienen para comerse (o vender) los frutos, o para talarlo—relación posesoria—, no tienen más remedio que hacer un reparto.

No se puede negar, sin embargo, que la distinción entre posesión y uso no es siempre absolutamente neta. En las servidumbres,

(23) En efecto, las fuentes nos hablan de la imposibilidad de que la *possessio* sea *in solidum*. (Dig. 13, 6, 5, 15 (Celso *apud Ulp.*): *duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse*; 41, 2, 3, 5 (Paulo): *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*; pero la explicación que se da a continuación (*contra naturam quippe est ut, cum ego aliquid teneam, in quoque id tenere videaris*) parece de un Pseudo-Paulo, para el que la *possessio* no es más que un *tenere ex iurata causa*; en efecto, se admite en época tardía la concurrencia de un poseedor injusto y otro justo (Dig. 43, 17, 3 pr.-gl.) o de un propietario con el precarista (Dig. 43, 26, 15, 4.-gl.). Cfr. Dig. 43, 26, 19. La detentación como no-posesoria, es también solidaria. Hablar, como hace J. GAUDEMET, *Etude sur le régime juridique de l'indivision en Droit Romain*, páginas 140 y sigs., de «indivisión» a propósito de la posesión es algo complicado. En realidad, como ya fué observado (vid. G. SCHERILLO, en *Stud. et Docum. Historiae et Iuris*, 2 (1936), 414). GAUDEMET debiera haber hablado de *communio* (divisible), y lo contrario de la *communio* «posesoria» es la «solidaridad».—Inaccesible nos ha sido el estudio de CUGINO, *Della possessio in solidum e della compossessio* (Palermo, 1879).

si es claro que no hay relación posesoria, incluso en aquellas en que parece haber una explotación, como el sacar agua o arena, pues es sabido que esos rendimientos de la finca no pueden ser objeto de una explotación económica, lo que implica posibilidad de cesión remunerada a un tercero (*ad compendium*), sino que tan sólo sirven para las necesidades particulares de la finca dominante misma. Pero la distinción es menos neta en el mismo derecho de propiedad, pues es claro que el propietario no sólo explota, sino que también usa: se aprovecha de los frutos del árbol, pero también usa de la sombra. Con todo, es evidente que, tanto en la propiedad como en el dominio útil, el valor de la explotación y de la realización de valor predomina de tal modo, que la relación de mero uso, por su insignificancia económica, queda como olvidada. La disponibilidad de la cosa misma, de su *substantia*, es decir, la posibilidad que tiene el propietario de realizar el valor de la cosa agotándola, hace que ese aspecto de explotación del valor económico dé el carácter de posesorio al título de propiedad, aun en aquellos casos en que la cosa en sí no produce ningún rendimiento aprovechable.

El problema se presenta, en cambio, en el usufructo. Porque hemos dicho que las relaciones de uso son solidarias (o indivisibles); las de explotación o disfrute, insolidarias (o divisibles). El *usus fructus* supone, por lo tanto, una combinación de los dos tipos antitéticos de relación. Si, por lo que tiene de *usus*, el usufructo debiera ser considerado indivisible, el *fructus* hace que sea divisible (24). En las páginas que siguen queremos indagar cómo ese contraste se presenta en la realidad jurídica romana.

3. El usufructo, derecho divisible.

Se afirma que el usufructo es un derecho divisible. Esto también debe ser considerado desde el punto de vista de la acción. Del mismo modo que al hablar de la divisibilidad de la propiedad distinguíamos entre la divisibilidad a los efectos de la *actio communi dividundo* (divisibilidad llamada física), y a los efectos de la *rei-vindicatio pro parte* (divisibilidad llamada ideal), así también, a propósito del usufructo, hay que hacer análoga distinción entre aquella misma acción divisoria, es decir, el problema de su aplicabilidad al usufructo, y la *vindicatio usus fructus pro parte*.

Una tal *vindicatio* es posible, y de ahí se derivan otras consecuencias. Así nos dice Papiniano (Dig. 7, 1, 5): «El usufructo, incluso desde el comienzo, puede constituirse por parte indivisa o dividida—es decir: sobre la mitad del fundo A o sobre tal porción material del fundo A—, «y del mismo modo puede extinguirse por el transcurso del tiempo legal, y, por la misma razón, pue-

(24) La contradicción aparece netamente en el dicho de Paulo, Dig. 7, 8, 10 (ctr. *supra*, n. 10): *frui pro parte possumus, uti pro parte non possumus*.

de reducirse en virtud de la ley Falcidia. También se divide la obligación de constituir el usufructo, cuando muere el deudor, entre las partes hereditarias, y si se debe (el usufructo) sobre un predio en condominio, la restitución (por vía judicial) se hará en proporción a la parte del condueño que actúe de demandado.» Decimos que todas esas son consecuencias de la posibilidad de una *vindicatio usus fructus pro parte*.

La divisibilidad de la *stipulatio* de constituir un usufructo vuelve a afirmarse en Dig. 46, 4, 13, 1, de Ulpiano: «Si el objeto de la estipulación no admite división, la aceptilación (o condonación solemne) parcial es nula; por ejemplo, si fué una servidumbre de un predio rústico o urbano (25). Claro que si el objeto de la estipulación es un usufructo, por ejemplo, del fundo Ticiano, podrá hacerse una aceptilación parcial, y el usufructo quedará en la parte restante. Si, en cambio, el que estipuló una servidumbre de vía hiciera aceptilación tan sólo del camino o la cañada, la aceptilación será nula, etc.». Si una *vindicatio* parcial del usufructo no hubiese sido posible, tampoco la *actio ex stipulatu* por una estipulación de constituir un usufructo de parte, ya que de nada le serviría una *datio partis usus fructus* sin una *vindicatio* para defenderla.

En la Jurisprudencia se presenta como tema especialmente considerado, de todos estos relativos a la divisibilidad del usufructo, el de la reductibilidad *ex lege Falcidia* (26). Los legados indivisibles, al no ser reductibles, no quedaban afectados por el límite de la ley Falcidia; aunque el valor de una servidumbre de sacar agua, por ejemplo, excediera de los tres cuartos del *as* hereditario, el heredero nada podía reclamar. Si en algunos textos este principio lógico de la irreductibilidad del legado indivisible parece paliado por recurso de la protección del heredero mediante *exceptio*, para conseguir del legatario una indemnización por el exceso, ello se debe, con toda probabilidad, a una labor interpoladora de los bizantinos (27). El legado de usufructo, en cambio, es reductible.

(25) Esta frase ejemplificativa quizá sea glosa marginal, con su chocante *fructus*; del ejemplo de la *servitus* ya se habla en el mismo texto, más adelante: *si tamen...* Hay que observar, de todos modos, la diferencia esencial entre un perdón de parte alicuota y un perdón de elemento integrante, como es el *iter* o el *actus* dentro de la *vía*. De una *acceptilatio* parcial del usufructo, cuando se perdona tan sólo el uso, nos habla Dig. 46, 4, 13, 3; pero es un texto evidentemente interpolado, que presupone la admisión del *fructus sine usu*.

(26) Sobre la siempre (cfr. SCHULZ, *Classical Roman Law*, pág. 327) *veraxa quaestio* de la eficacia de la *lex Falcidia*, vid. F. SCHWARZ, *Die Rechtswirkungen der Lex Falcidia*, en *Zeitschr. der Savigny-Stift.* (rom. Abt.), 63 (1943), 314, que excluye del Derecho Romano clásico la nulidad del legado excesivo.

(27) Dig. 35, 2, 80, 1: *haec itaque quae divisiuitatem non recipiunt tota ad legatarium pertinent. [sed potest heredi hoc remedium succurri ut aestimatione facta legati demonstrat legatario ut partem aestimationis inferat, si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali]*; Dig. 35, 2, 7: *lege Falcidia inter-*

Ya vimos que Papiniano, en Dig. 7, 1, 5, dice claramente que el legado de usufructo *per legem Falcidiam minui potest*. También Gayo, Dig. 35, 2, 81 pr., dice que «el legado de usufructo entra en el cómputo de la ley Falcidia, pues es divisible», y agrega: «de suerte que, si son dos los legatarios, cada uno tiene derecho sin más a una parte». Claramente se indica aquí la dependencia de la reductibilidad de la posibilidad de una *vindicatio usus fructus pro parte*.

Para determinar si el usufructo excedía de las tres cuartas partes se acudía a una tabla convencional de estimación, propia para la de los alimentos legados, pero que valía también para la estimación del usufructo (28), según la autoridad de Ulpiano, en la referencia de Emilio Macer, en Dig. 35, 2, 68 pr., el cual dice que se solía aplicar esta otra tabla, algo más sencilla: una vez valorado el usufructo de un año se multiplica el valor por 30, si el usufructuario tiene hasta treinta años, y si tiene más, por tantos años como le falten al usufructuario para cumplir los sesenta.

Pero esta facilidad para la reducción del legado de usufructo, consecuencia de su divisibilidad, se nos presenta como algo nuevo, como superación de un antiguo sistema en el que el usufructo se consideraba en cierto modo indivisible. En efecto, nos dice Paulo en un texto muy interpolado (según se descubre por el cotejo con *Fragmenta Vaticana* 68), Dig. 35, 2, 1, 9, en el que señalamos tan sólo la interpolación de más bulto: «Si se legó un usufructo, que puede dividirse [no como las otras servidumbres, que son indivisibles], los antiguos juzgaban que debía estimarse el legado entero para determinar así la cuantía del legado, pero Aristón se apartó de la opinión de los antiguos; en efecto, dice que se puede retener de ese legado lo mismo que de los legados de propiedad, y así lo aprueba rectamente Juliano.» El texto del Digesto continúa con otras explicaciones que faltan en los *Frag. Vat.*, y

veniente legata servitus, quoniam dividi non potest [non aliter], in solidum restituetur [nisi pariter offeratur aestimatio]; también Dig. 44, 4, 5, 1 itp. Cfr. SCHWARZ, *op. cit.*, págs. 355 y sig., y los autores allí citados. Así, pues, según el Derecho clásico, el legado indivisible debía cumplirse íntegramente aunque la herencia fuera *damnosa*; los bizantinos, en cambio, introducen el principio contrario: Dig. 35, 2, 23 itp.

(28) Sobre este cómputo del valor de la renta teniendo en cuenta la edad del beneficiario, vid. M. GENTY, *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation d'après le droit romain* (Paris, 1854), págs. 78 y sigs., donde se critica la interpretación de Cujas a la Novela 18. La tabla para la *computatio in alimentis facienda* estimaba de treinta años la duración de la renta a favor de un menor de veinte; de veintiocho, si el beneficiario estaba entre los veinte y los veinticinco años; de veinticinco, entre los veinticinco y los treinta; de veintidós, entre los treinta y los treinta y cinco; de veinte, entre los treinta y cinco y los cuarenta; cuando el beneficiario estaba entre los cuarenta y los cincuenta, se calculaba a la renta una duración igual a la de los años de edad que faltaban a aquél para cumplir los sesenta, descontando uno; entre los cincuenta y los cincuenta y cinco, nueve años; entre los cincuenta y cinco y los sesenta, siete años; de los sesenta en adelante, cinco años nada más.

parecen proceder de la mano poco clásica de un glosador tardío (29). En todo caso, parece indicarse en este texto que la opinión de los antiguos se inclinaba por no deducir una parte de usufructo en favor del heredero, sino de estimar económicamente el legado e imponer al legatario una indemnización de dinero, es decir, una solución que parece dictada por la idea de que el usufructo no es en sí mismo divisible. Acertadamente dice Cuq (30) que la divisibilidad del usufructo es una característica que Aristón hizo aceptar contra una más antigua consideración del usufructo como derecho indivisible.

Este dato nos hace vislumbrar ya que la afirmación de una divisibilidad absoluta del usufructo es producto de una elaboración doctrinal. Esta sospecha se confirma al examinar las dificultades para la admisión de una *actio communi dividundo* aplicada al usufructo.

4. El usufructo, derecho indivisible

Imaginemos que dos usufructuarios de un fundo rústico, percatados de que no son capaces de ponerse de acuerdo en el uso y disfrute de aquel fundo, quieren llegar a una división. En principio, podríamos pensar que nada se oponía a que el juez, en un juicio divisorio, llegara a asignar a cada usufructuario una porción de aquel fundo: en efecto, del mismo modo que se podía hacer una división de zonas de propiedad mediante una *adiudicatio*, así también cabría pensar que era posible una *adiudicatio* de zonas en usufructo, toda vez que el usufructo podía constituirse también por *adiudicatio* (31). En vez de un usufructo, por ejemplo, sobre una mitad ideal del fundo, se constituiría ahora un usufructo sobre la mitad occidental de aquel mismo fundo. Todo esto parece a primera vista razonable: sin embargo, la Jurisprudencia romana no creyó que fuera tan fácil dividir de ese modo un usufructo (32) y la primera dificultad estaba ya en la consideración teó-

(29) Vid. *Index Interpolat.*; SCHWARZ, *op. cit.*, pág. 325.

(30) E. Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, pág. 338.

(31) Sobre la función de la *adiudicatio*, ARANGIO-RUIZ, en *Bull. Ist. Dir. Rom.*, 32 (1922), 5. Vid. Dig. 7, 1, 6, 1; 10, 3, 6, 10 y 10, 2, 16, 2 (cfr. 1): *usus fructus adiudicari potest*. Se trata aquí, precisamente, de una *actio familiae erciscundae*, en la que se adjudica un usufructo temporalmente delimitado (para el reparto *alternis annis*, cfr. Dig. 7, 1, 34 pr. y un ejemplo ilustrativo en el Papiro Oxirrinco 1278, del 214 d. C.) a uno de los coherederos. Así leemos también en *Frag. Vaticana*, 47 a: (*usus fructus*) *potest constitui et familiae erciscundae vel communi dividundo iudicio legitimo*. No debe interpretarse, por tanto, la afirmación de Gayo 4, 42 en el sentido de que la *adiudicatio* sólo pueda consistir en una atribución de propiedad.

(32) El usufructo se nos presenta, no sólo cuando concurren dos o más usufructuarios, sino también cuando un usufructuario de parte concurre con el propietario, sino propietario en aquella parte, pero pleno propietario en el resto. Como casos más particulares tenemos: el usufructo sobre la cuota entera de un copropietario (Dig. 33, 2, 31, donde se dice haber prevalecido la opinión de que el juicio divisorio entre los copropietarios no altera el usufructo sobre

rica de que tal *adiudicatio* supondría una extinción del cusufructo, por la consiguiente fusión en beneficio del nudo propietario, ocurrida la cual, el juez no podía hacer resurgir, en perjuicio de tercero, un nuevo derecho de usufructo. Aunque esta dificultad quizá hubiera podido ser salvada *tuitione praetoris*, el hecho es que la Jurisprudencia romana rechazó la aplicación al cusufructo de la *actio communi dividundo* (33). Es claro que esa acción podía establecerse también para dividir cosas físicamente indivisibles, en cuyo caso había que acudir a una venta y reparto del precio o solución análoga, pero el caso es que los romanos no creyeron que podía aplicarse sin más para dividir el cusufructo. En efecto, como el mismo nombre de la acción indica, servía para poner fin a una *communio*, pero una *communio* sólo se da cuando se trata de propiedad. Otra cotitularidad, por ejemplo, la misma de los coherederos no constituía una *communio*, y de ahí que en ese otro caso no pudiera darse la *a. communi dividundo*, sino la *actio familiae erciscundae*. En esto se funda aquel conocido dicho de Ulpiano (Dig. 10, 3, *communio dividundo*, 4): «Se hace la división de las cosas, no, en cambio, de la herencia». La frase, es verdad, aparece algo sobrecargada por obra, probablemente, de un glosador tardío, pues se habla de cosas *corporales*, por un lado, y, por otro, se introduce la aclaración: «de las cuales cosas tenemos el dominio» (34). Ambos retoques no parecen clásicos, porque la palabra *res*, por sí sola, ya quiere decir, como observá-

la cuota, al igual que en caso de hipoteca de una cuota: cfr. Dig. 20, 6, 4, 4); el usufructo constituido sobre una parte de la cuota de un copropietario; el cusufructo sobre un objeto en copropiedad (Dig. 7, 1, 49) o sobre cuotas hereditarias de dos herederos, separadamente (Dig. 7, 2, 11); el usufructo a un esclavo en copropiedad (Dig. 7, 2, 1, 1 y 2). Por lo demás, no hay que olvidar que el legatario (o legatarios) concurre (o concurren) a medias con el legatario (o legatarios) de propiedad, ya que éstos no quedan desprovistos del derecho de usar y disfrutar si no se dedujo expresamente ese derecho para que correspondiera exclusivamente al legatario (o legatarios) de usufructo: Dig. 7, 2, 9; 7, 5, 6, pr. y, sobre todo, 33, 2, 19; esto, naturalmente, tiene interés a efectos del *ius adcrendi*: Dig. 7, 1, 33, pr.; 7, 2, 3, 2; 7, 2, 4. Cuando, en cambio, no se trata de un legado, sino de una *adiudicatio* (Dig. 10, 2, 16, 1), no se da tal comunicación del usufructo. Cfr. *infra*, n. 52.

(33) Sobre el tema de la aplicabilidad de la *actio communi dividundo* a la división del usufructo, la literatura fundamental (se entiende crítica) es la siguiente: A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht* (Weimar, 1912), págs. 38 y sigs.; B. BIONDI, *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane* (separ. de los *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, III-IV, 1913) páginas 48 y sigs.; E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico dell'actio communi dividundo in rapporto alla legittimazione processuale* en (*Studi dell'Istituto Giuridico della Regia Università di Pavia*, 2 (1913), 75 y 104) *Studi di Diritto Romano*, IV (165 y sigs.), 175 y sigs.; citados en adelante por el nombre de autor.

(34) *Corporalium rerum fit divisio [quarum rerum dominium habemus]*, DE FRANCISCI, *Trasferimento della proprietà*, pág. 238; contra esta crítica, ALBERTARIO, pág. 167, n. 2, quien presenta el texto truncado, sin la terminación que le da su verdadero sentido: *non etiam hereditatis*.

bamos más arriba, «la propiedad de las cosas», y no es necesario decir que se trata de cosas corporales y no de derechos, como es, en cambio, la herencia, ni tampoco explicar que se trata de las cosas en dominio. La frase de Ulpiano, depurada de estos retoques, viene a decir simplemente: «*divisio* se dice de la que se hace en la propiedad, no de la que se hace en la herencia». En efecto, la acción para dividir la herencia no lleva para nada la palabra *dividire*, sino que allí se habla de *erciscere* (35). Sólo la propiedad es susceptible de *divisio*, porque sólo ella es susceptible de *communio* (36). *Actio communi dividundo* es, pues, la acción para dividir la propiedad, exclusivamente.

No hay que olvidar, sin embargo, que la *actio communi dividundo* tenía, además del fin primordial de dividir la propiedad común, el de liquidar las relaciones pendientes entre los comuneros, por razón de frutos percibidos, impensas hechas en la cosa común, perjuicios sufridos por razón de aquélla, etc. Ese fin secundario no dejaba de aparecer en la fórmula de esa acción, que corría aproximadamente en los siguientes términos (37): «Pues-

(35) Aunque Gayo identifica *erciscere* con *dividere* (2, 219) y habla, como otros, de *dividere hereditatem* (4, 17 a), esto no es más que una relajación (explicable, por lo demás) del rigor lingüístico que reflejan los mismos nombres de las dos acciones. Es raro que esto escapara a la perspicacia de G. BESELER, en *Scritti Ferrini*, III (1948), 281.

(36) Dig. 27, 9, 6: *Sed si forte alius proprietatem fundi habeat, alius usum fructum, magis est ut cesset haec pars orationis quae de divisione loquitur: nulla enim communio est* (se trata de la cláusula «*si communis res erit et socius ad divisionem provocet...*» de la *oratio Severi* en defensa de los inmuebles de incapaces). También negaba Sabino (Paulo, Dig. 45, 3, 32) que hubiese una *communio iuris* entre consuefructuarios. Las consideraciones de R. AMBROSINO, «*Usus fructus*» e «*communio*» (*Profilo storico dell'usufrutto*), en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 16 (1950), 182, no nos deben llevar al extremo de decir que el usufructo participado, tipo originario (en esto estamos de acuerdo con Ambrosino), del que deriva la estructura ulterior del *ius utendi fruendi*, constituía una verdadera *communio*. El que se llame a veces *pars rei* (parte de la propiedad) o *pars domini* (vid. textos de AMBROSINO, págs. 205 y sigs.) al usufructo, y el que en un caso (Dig. 2, 10, 16, pr.; cfr. *infra*, n. 49) se llame *communio usus fructus* al consuefructo no parece, independientemente de los reparos interpolacionísticos, base suficiente para identificar el usufructo participado con la *communio*. La principal dificultad para tal identificación está precisamente en que la *communio* supone la divisibilidad, en tanto en la participación de usufructo vamos viendo que la divisibilidad (contra lo que dice AMBROSINO, pág. 220) no es tan clara. No cabe duda de que el régimen de la copropiedad y el usufructo participado son semejantes: se aproxima por lo que el usufructo tiene de *frui*, en tanto por lo que tiene de *uti* se aproxima innegablemente al régimen de las *servitutes*, en cuya categoría acaba por ser incluido en época post-clásica. Pero la tesis y la demostración de la misma que hace AMBROSINO ofrecen más de un blanco a la crítica.

(37) Cfr. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³, pág. 211. Cfr. Dig. 10, 3, 3, pr., donde se presenta como objeto de esta acción la *divisio rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi*; y eod. 4, 3: *Sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo iudicio, ita etiam praestations veniunt*, etc. Sobre esta finalidad de la acción divisoria,

to que Lucio Ticio y Cayo Seyo pidieron que se les diera un juez para dividir la propiedad común y el daño, pérdida o lucro de cada uno por razón de la cosa común: que el juez adjudique a cada uno lo que deba ser y condene a cada uno a favor del otro en lo que resulte ser debido, o les absuelva si no es caso». Con todo, ese fin de liquidar las recíprocas *praestationes* debidas era siempre secundario. Quiere esto decir que la acción no podía darse tan sólo para ese propósito. Una *actio communi dividundo* que no pone fin a la *communio* sólo se puede concebir como acción no clásica (38).

Todo esto quiere decir que los romanos no admitieron la *actio communi dividundo* para resolver los conflictos entre cusufructuarios (39). Sin embargo, vemos que las fuentes nos hablan en este caso de un *utile communi dividundo iudicium*. Tal acción útil se daba ya cuando los dos condueños querían liquidar sus cuentas una vez desaparecida la cosa común. Gayo (Dig. 10, 3, 11) nos lo dice así: «Si después de pérdida la cosa común... se quiere entablar esa acción, se da el *iudicium utile* para dividir la *communio*».

Piénsese que no era tan difícil extender ese mismo juicio útil al caso de cusufructo, ya que entre los cusufructuarios podía existir una copropiedad sobre los frutos percibidos, y quizá consumidos ya. Se podía arreglar así la cuestión del reparto de frutos sin tocar para nada el cusufructo mismo (40). Pero el caso es que se nos presenta el *iudicium utile* para poner fin a los conflictos totales entre los cusufructuarios. El que más valientemente parece haber defendido esa aplicación es el gran Juliano (41), quien, apoyándose en que el *iudicium utile* se solía admitir entre cusufructuarios, llega al extremo de pensar (Dig. 43, 20, 4) (42)

vid. BERGER, págs. 101 y sigs. Si la *adiudicatio* se enderezaba a la división, la *condemnatio* a la liquidación de prestaciones. De *adiudicationes et praestationes* habla Dig. 10, 2, 36.

(38) Sobre esto, ya PERNICE, en *Zeits. der Savigny-Stift.* (rom. Abt.), 19 (1898), 17, y 173, n. 3, y, sobre todo, BERGER, págs. 231 y sigs. No-clásicos: Dig. 10, 3, 6, 2 (cfr. BERGER, págs. 189 y sigs.) y *eod.* 14, 1: *rectissime dicitur etiam impendiorum nomine utile iudicium dari debere mihi in socium etiam manente rei communiione* (cfr. BERGER, págs. 210 y sigs.).

(39) Esto parece un resultado firme, establecido por diversos autores, principalmente ALBERTARIO, *loc. cit.*, quien elimina además, quizá demasiado radicalmente, el *iudicium utile* de que tratamos a continuación.

(40) Como corrientemente los frutos habrían desaparecido al plantearse el litigio, el *iudicium utile* resultaba así el apropiado al caso, como en el supuesto anterior. Para el reparto de las ganancias derivadas de la estipulación hecha por un esclavo en cusufructo, ese *iudicium utile* aparece fundado, al menos según Dig. 45, 3, 32, que da a entender Sabino no admitía aún ese recurso procesal. Cfr. BERGER, pág. 41 y sig.; BIONDI, pág. 49; ALBERTARIO, págs. 175 y siguiente, que censura el final del texto, donde aparece el *iudicium utile*, como espurio.

(41) Según BERGER, pág. 40, ya Celso habría concedido esta acción; pero vid. BIONDI, pág. 56, n. 1. Cfr. *infra*, n. 48.

(42) BERGER, pág. 38, quien cree que con «*plerisque*» aludía Juliano a Celso,

que no sería contra la equidad (*iniquum*) el darlo también para resolver los conflictos entre los cotitulares de un derecho tan indivisible como una servidumbre de aguas. Incluso nos llega a hablar Paulo (Dig. 10, 3, 10, 1) de una *actio communi dividundo* para poner fin a una concurrencia en un derecho de *usus sine fructu*, derecho evidentemente indivisible; pero se puede decir que el texto no es puro, y que, en el mejor de los casos, se debía de tratar allí la acción útil (43). De todos modos, es interesante la solución que da el texto a la imposibilidad de dividir lo que es imposible de dividir físicamente: el juez adjudicará el uso por entero a uno, pero con la obligación de pagar una merced al otro. La dificultad estaba entonces en impedir que el derecho se extinguiera por la pérdida del uso en cabeza del adjudicatario, y se dice que ya proveerá el pretor para que no se considere que el que percibía la merced no seguía «usando». Es verdad que no podemos asegurar que el texto sea enteramente puro; en especial resulta sospechosa la explicación «como si hiciera más el que disfruta», es decir, la explicación de que el que percibe la merced, al «disfrutar», todavía «usa» más intensamente que el simple usuario. Pero, en todo caso, se nos ofrece una solución que parece posible, incluso en época clásica, en los casos de aplicación del juicio útil para pedir la división de una cosa indivisible.

El problema vuelve a plantearse, respecto al usufructo, pero, desgraciadamente, en un texto retocado y desfigurado: en el mismo fragmento de Ulpiano (44). Decía éste (Dig. 10, 3, 7, 7) que «también debe darse (ese juicio) si ocurre una controversia entre dos acerca del usufructo». A continuación se pasa a hablar de los supuestos de *missio in possessionem* (que Biondi, pág. 70, traslada a continuación del párrafo 4) y en el párrafo 10 se vuelve a hablar del usufructo. No debemos rechazar la idea de que todo ese párrafo 10 sea una glosa marginal explicativa del 7, pero no por eso debemos despreciar su información, torpemente presentada: «Cuando se entabla la acción para dividir la propiedad común acerca del usufructo, el juez deberá procurar lo siguiente: o per-

vid. nota anterior; BIONDI, pág. 53; para ALBERTARIO, págs. 175 y 178, el texto está interpolado.—Dig. 10, 3, 19, 4, niega que la servidumbre pueda ser objeto del *iudicium communi dividundo*, pero se refiere al juicio directo sobre la finca.

(43) BERGER, págs. 44 y sigs.; BIONDI, págs. 57 y sig.; ALBERTARIO, páginas 181 y sig. Este último cree advertir una contradicción entre que se pregunte cómo se hará la división y que se dé por supuesta la posibilidad de la *actio communi dividundo*; no la hay, en rigor, ya que lo que se pregunta no es qué acción se puede dar, sino cómo podrá aplicarse la *adjudicatio*; igual pregunta cabría respecto a la división de una *res* físicamente indivisible. Por lo demás, en la contraposición *praetor-index* asoma una estructura que difícilmente puede no ser clásica.

(44) BERGER, págs. 40 y sig.; BIONDI, págs. 55 y sigs.; ALBERTARIO, páginas 175 y 179 y sig.

mitirá que usufructúen por regiones determinadas o alquilará el usufructo a uno de ellos (cfr. 7: *inter duos*) o a un tercero, a fin de que perciban las rentas sin controversia (cfr. 7: *si sit controversia*), o, si son cosas muebles, también podrá que ellos convenzan y se den recíproca caución de usufructuar por temporadas, esto es, que el usufructo quede alternativamente en poder de cada uno por cierto tiempo». La serie de soluciones que se presenta presupone que existe una dificultad: la de la indivisibilidad, y de ahí que quizá podamos reputar como imposible la primera solución, la de un reparto por regiones determinadas; si esa división fuera posible, holgaban todas las otras, pues querría decir que el usufructo era físicamente divisible, como la misma propiedad sobre un fundo. Igualmente sospechosa, aunque tan sólo en la forma, es la otra solución de que el juez *locet usufructum*, pues un juez nunca podía figurar, él, como *locator*. Por lo demás, la mención de las *res mobiles* constituye una innovación conocidamente post-clásica (45); y tampoco se entiende que el arreglo de reparto temporal del disfrute no fuera posible igualmente para el usufructo sobre cosas inmuebles, como sabemos que se hacía, incluso por voluntad testamentaria, para distribuir el uso de una servidumbre. Precisamente, ese convenio fijado por estipulación debía de ser la solución normal del conflicto entre los consufructuarios, pero en muchos casos sería ya el mismo Pretor quien, en virtud de su función de conciliación, procurase que se llegara a tal acuerdo (46). El mismo Ulpiano (Dig. 7, 1, 13, 3) (47) nos informa que Juliano, además del *iudicium utile*, llamado aquí *quasi communi dividundo*, proponía la solución de la controversia entre usufructuarios por vía de un *stipulatione inter se eos cavere qualiter fruantur* (48). Todavía Ulpiano (Dig. 10, 2, 14, 1 y 16 pr.)

(45) Cfr. B. KÜBLER, «Res mobiles» und «immobiles», en *Studi Bonfante*, II (1930), 345 y sigs.; A. SCHILLER, en *Atti Congr. intern. di Dir. Romano*, II (Roma, 1935), 431 y sigs.; DI MARZO, en *Bull. dell'Ist. di Dir. Romano*, VIII/1X (N. S.), 1948, 236 y sigs.

(46) R. DÜLL, *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht* (1931), aunque forzando en algún caso la interpretación de los textos, ha puesto en relieve esa función conciliatoria del proceso romano.

(47) BERGER, págs. 38 y sigs.; BIONDI, págs. 51 y sigs.; ALBERTARIO, páginas 175 y sigs.

(48) Según BERGER, pág. 39, la frase *quam sententiam Celsus probat* es falsa, pues Celso es anterior a Juliano; pero me parece que la frase misma no implica una idea de posterioridad cronológica, sino que sirve para indicar simplemente la coincidencia de opinión; naturalmente, no se excluye con esto la posibilidad de que se trate de una glosa. Cfr. *supra*, n. 41.—El mismo BERGER, página 40, cree imposible que se apacigüe con una *stipulatio* a los que, como dice el texto, habían llegado *ad arma et rixam*; pero precisamente lo que dice el texto es que el Pretor no debe dejar que llegue a producirse esa situación de violencia cuando está en su mano el establecer un arreglo pacífico: se trata así de una *stipulatio praetoria*.—Este texto, como es natural, constituye uno de los pilares de la teoría de DÜLL, 56 (cit. *supra* en nota 46). Según ALBERTARIO, pág. 178, en su tenor clásico hablaría tan sólo de la posibilidad de que los consufructuarios se pusieran de acuerdo mediante estipulaciones volun-

indica la posibilidad de unos convenios estipulatorios para el caso de que se presente la dificultad de dividir un usufructo de los coherederos (por un legado de propiedad sin usufructo) en el trámite de la *actio familiae erciscundae* (49).

Así, pues, sea cual sea el residuo que de estos textos pueda imputarse al Derecho clásico, una cosa parece sí resultar con bastante claridad: que la Jurisprudencia no admitió una división física del usufructo (50) y que el conflicto entre cusufructuarios sólo mediante expedientes indirectos podía hallar una solución, por más que a partir de Juliano, o de Celso, fuera posible entablar en ese caso, precisamente para encontrar esos remedios indirectos, una *actio communi dividundo* extendida como *utilis* (51).

5. El supuesto derecho de acrecer entre cusufructuarios

Si el examen de la cuestión de la *actio communi dividundo* aplicada a la controversia de *usu fructu* nos lleva a la justa sospecha de que no es lícito hablar de una divisibilidad absoluta del derecho de usufructo, todavía tenemos otro aspecto que nos con-

tarias, sin que apareciera para nada ni el *iudicium quasi communi dividundo* ni la intervención conciliadora del Pretor. Nos parece, de todos modos, poco probable que se citara la autoridad de Juliano, y hasta la de Celso, para decir una cosa tan simple como que los cusufructuarios en discordia debían arreglarse por su voluntad, sin intervención del Pretor.

(49) BERGER, págs. 42 y sig.; BIONDI, pág. 50, n. 4, que reputa justiniana la expresión *discedere a communionē usus fructus* (cfr. *supra*, nota 36).

(50) Por eso no aparece nunca documentada una *adiudicatio* de usufructo de una porción. Vid. BIONDI, pág. 49, n. 2.

(51) En el caso de concurrencia de un usufructuario de parte con un propietario (pleno propietario en la otra parte), el *iudicium utile* no aparece atestiguado.—En Dig. 7, 9, 10 (Paulo) se dice que, aunque la *actio communi dividundo* sirva entre copropietarios, *tamen causa usufructus, qui unus proprius est, ad officium... iudicis non pertinebit*. Se trata ahí de un usufructo legado por un copropietario a otro sobre la cuota de aquél. Si la frase *qui unus proprius est* es, según parece (cfr. BERGER, pág. 92 y sig.), genuina, ello indicaría que la razón de que el juicio no interesara en ese caso era precisamente la falta de un cusufructo, ya que el usufructuario tenía aquí el disfrute total de toda la cosa (la mitad como usufructuario, la otra mitad, como pleno propietario). Por tanto, podría deducirse *a sensu contrario*, si hubiera interesado ese juicio de haber habido cusufructo.—LENEL, *Ed. Perpet.* cit. § 82, p. 212 s., creyó que el edicto contenía una rúbrica especial de *utili communi dividundo iudicio*. Para ello se fundaba en el hecho de que Ulpiano trata del juicio directo en el libro 19 de su *ad Edictum*, en tanto aparecen referencias al *iudicium utile* en el libro 20 de la misma obra. El número XX de Dig. 10, 3, 7 deberá ser corregido por XIX, según BERGER, pág. 69 y ss. (contra: LENEL, pág. 212, n. 8). En realidad, la cuestión no puede decidirse tan sólo por la colocación de unas pocas referencias en un libro u otro, pero la inserción de una rúbrica especial, precisamente en la redacción de Juliano, principal defensor del *iudicium utile* entre cusufructuarios, resulta verosímil.—Contra la crítica de ALBERTARIO sobre el carácter postclásico del *iudicium utile* cabe observar todavía que una extensión análoga se dió respecto a los interdictos posesorios, al menos según resulta de *Frag. Vaticana* 90-93.

firma en la misma sospecha, y, aún más, nos hace ver la naturaleza indivisible del usufructo.

Nos referimos al hecho insólito del régimen especial del *ius adcrescendi* en el usufructo (52). El que en un legado vindicatorio de usufructo se dé el *ius adcrescendi*, de suerte que la cuota vacante acrezca, según las reglas generales, al colegatario existente, no tendría nada de particular, pues eso mismo ocurre en el legado de un derecho divisible como es la propiedad. Pero no se trata de eso, sino de algo mucho más extraordinario, que excede evidentemente del régimen del *ius adcrescendi* propiamente dicho: que el acrecimiento se da incluso *post acquisitionem*.

Ticio y Cayo son colegatarios del usufructo de una finca; ambos adquieren conjuntamente el legado; usan y disfrutan durante muchos años; Ticio se muere. Aquí no hay cuota vacante, pues se dice que la hay cuando no se llegó a adquirir, sino pérdida de una cuota de usufructo. Parecería consecuente que, al ser el usufructo un derecho intransmisible, esa cuota perdida se reintegrara a la nuda propiedad, pero no: ahora todo el usufructo pertenecerá a Cayo.

Para explicar esa particularidad sin abandonar las bases del *ius adcrescendi* se llegó a una explicación realmente atormentada. Se dijo que el usufructo legado se constituía *cottidie*, de manera que nacía cada día; así, al día siguiente de morir un colegatario, una cuota del usufructo nacía vacante, por falta de titular, y «acrecía» al colegatario (53). En realidad no debemos burlarnos de esta ingeniosa explicación, pues el Derecho tiene muchas ideas constructivas de es tipo, empezando por aquella de que el mutuario adquiere la «propiedad» de las monedas prestadas o aquella otra tan contradictoria de que «hacemos nuestros los frutos por consumición». Pero tal construcción, como todas las construcciones jurídicas, son recursos anti-históricos, algo así como aquellas etimologías nemotécnicas a que eran tan aficionados los an-

(52) Cfr. *supra* nota 32. Naturalmente, siempre que se trate de un legado *per vindicationem*, tipo ordinario de usufructo; pero incluso en el caso de que se trate de un legado sanado *ex Neronianis*, al menos según algunos (*Frag. Vaticana* 85). Por el contrario, no hay acrecimiento cuando no se trata de un usufructo legado, sino «constituido» (*Frag. Vaticana* 78 y 79); en este caso se dice que no queda *concursum divisum*. Pero no hay que olvidar que el usufructo nació como legado vindicatorio, lo que, por lo demás, nos parece un argumento contra aquellos (MASSON) que han querido ver en el usufructo originario una relación meramente personal, no un derecho real. El acrecimiento es *personae* (Dig. 7, 1, 33, 1; 7, 2, 10).

(53) Vid. Fr. Vat. 77; cfr. VANGEROW, *Pand.* II, § 584. n. 1; WINDScheid, III, § 645, n. 4 (ed. ital. 5.366); MAYNZ, 688, criticando esta explicación con el argumento de que tal reiteración es inconcebible desde el momento en que el *dies cedens* es único para el legado entero, parece acertar la causa de ese raro fenómeno, que explica como consecuencia de la voluntad del testador, de que el usufructo se concentre en el legatario superviviente, al insinuar una originaria indivisibilidad del usufructo (pág. 689, n. 8); pero no saca las consecuencias de esa idea. Cfr. I, § 212, n. 17.

tiguos, del tipo «*mutuum: quod meum tuum fit*», en las que se prescindía totalmente de las leyes de la fonética histórica y, al fin de cuentas, de la historia.

La explicación cabal del llamado *ius adcrescendi* del usufructo, la explicación histórica, estriba en la consideración del genuino carácter indivisible del usufructo. El usufructo que se lega a dos es un único e indivisible usufructo; en tanto viva uno de los dos usufructuarios, el derecho se mantiene íntegro. El supuesto *ius adcrescendi* no es más que un efecto de la imposibilidad de una extinción parcial.

6. La función genuina del usufructo

La contradicción entre el *uti*, solidario o indivisible, y el *frui*, insolidario o divisible, es la clave de los aspectos contradictorios de divisibilidad e indivisibilidad. En el proceso histórico de la institución podemos vislumbrar como una tendencia a dar preferencia al *frui*—divisibilidad—sobre el *uti*—solidaridad—, una tendencia coherente a la vez con la progresiva racionalización de la Jurisprudencia y con la progresiva mercantilización de la economía romana (54). Como en otros casos, ese proceso histórico no supone, respecto al usufructo, un verdadero progreso, sino una degeneración (55).

Hay en la Jurisprudencia una observación muy sintomática para descubrir el giro degenerativo del usufructo: la de que, en los legados, la frase *illi cum illo* (para que use y disfrute «Ticio con Cayo») equivale a *illi et illi* (56). Ese *et* en lugar del *cum* es la señal de que aquella Jurisprudencia tiende a ver una cotitularidad separable: no «Ticio con Cayo», sino «Ticio y Cayo». Pero la naturaleza genuina del usufructo postulaba el *cum*, la solidaridad.

En efecto, es sabido que la función genuina del usufructo es el de proporcionar a la viuda unos medios de vida familiar igual, en

(54) Nos parece, por tanto, inexacta la teoría que configura el usufructo genuino como un derecho tan sólo a los frutos (RICCOBONO). El *uti* es tan importante o más, en el genuino usufructo, que el *frui*. Un legado de *fructus* suponet también el *usus*, incluso cuando concurre con un legado de *usus* (*Sententiae Pauli*, 3, 6, 25; *Dig.* 7, 1, 42 pr.; 7, 8, 14, 2; cfr. 7, 1, 15, 5). En realidad, la diferencia entre un legado de *usus fructus* y uno de *usus* es meramente cuantitativa; y esto, tanto para los clásicos, que tienen un concepto amplio del *usus* y procuran limitarlo cuando el testador dedujo el *fructus*, como para los Justinianos, que tratan de ampliar, sobre la base de la equidad y de la *voluntas testatoris* presunta, el legado de mero *usus*, pues el *usus* tiene para ellos un sentido más restringido que para los clásicos. Por otro lado, un *fructus sine usu* es inconcebible para los clásicos (MEYLAN, en *Studi Albertoni*, 1, 95, acertadamente).

(55) Las instituciones jurídicas degeneran, no por su simple evolución histórica, sino por la desviación del sentido y función genuinos. El «principio» rector de toda institución está precisamente en su «principio» histórico.

(56) *Dig.* 30, 36, 2; 33, 2, 40.

lo posible, a la vida familiar que sostenía el testador (57). Pero esta vida se constituía normalmente por la convivencia de los hijos o algunos de los hijos. El usufructo que se deja a la viuda no es un derecho exclusivo de ella, sino que se ha de comunicar con aquellos hijos que conviven con la madre. Normalmente, los hijos serán herederos del padre, la mujer (se entiende, sobre todo, la casada *sine manu*, que no hereda de su marido), en cambio, simple usufructuaria, pero en concurrencia con sus hijos. El usufructo pertenece a todos solidariamente; los hijos tienen, además, la nuda propiedad. Esto parece contrario al principio racional de que no cabe un usufructo sobre cosa propia, pero no olvidemos que ese principio racional es obra de la misma Jurisprudencia racionalizadora que tiende a disolver el carácter alimentario y familiar del usufructo. Cicerón, por ejemplo, nos dice claramente que Fulcinio dejó el usufructo universal a su viuda, Ceseña, *ut frueretur una cum filio* (58). Obsérvese bien: «*cum filio*», y el hijo era heredero. Luego muere el hijo y Ceseña queda, naturalmente, usufructuaria del todo, aparte el legado que le deja su hijo. ¿Se trata de que el hijo era usufructuario en una mitad? No; sino de que la madre lo fué solidariamente con el hijo.

Esto explica el hecho del aparente *ius adcrescendi*, pues es consecuente que la muerte del hijo no merme el disfrute de la madre, usufructuaria, y que la muerte de la madre no haga más que consolidar definitivamente el disfrute en el hijo. Quizá explica también la solución de Trebacio (Dig. 33, 2, 31, cfr. supra n. 32) de que, dividida la finca entre el heredero (que podemos suponer hijo) y un extraño (socio del causante), el usufructo de la viuda que gravaba la mitad del causante se estime concentrado (contra lo que exige la lógica de la Jurisprudencia posterior) en la región de fundo adjudicada a aquel heredero.

Esto explica igualmente que no se conciba como solución normal una división del cousufructo y tampoco una división en dinero (59), ya que la función del usufructo está precisamente en mantener la convivencia familiar solidaria. Para ese fin, por muy im-

(57) En este sentido puede decirse que el usufructo nace para cubrir una laguna del Derecho de sucesión familiar. Cfr. CORNIL, *Droit Romain*, pág. 224. El usufructo colocaba a la viuda *sine manu* en la misma posición de una viuda *cum manu*, heredera, pero mediatizada por sus tutores agnados.

(58) CICERÓN, *pro. A. Caecina*, 4, 11: *usum fructum omnium bonorum suorum Caesenniae legat, ut frueretur una cum filio*. Vid. la explicación del caso en la Introducción de A. D'ORS a la *Defensa de Aulo Cecina* (Clásicos Emerita, Madrid, 1943), 12 y sigs. Cfr. Dig. 7, 2, 8: *Si mulieri cum liberis suis usus fructus legetur*; Fr. Vat. 86 y 87. La concurrencia, por lo demás, se da también en el legado de *habitatío*, que cumple misión análoga a la del *usus* del usufructo (Dig. 7, 9, 11): *Si pater heredes filios simul habitare cum uxore legataria voluit*.

(59) La liquidación es consecuencia de la indivisibilidad física (Dig. 30, 26, 2), pero la indivisibilidad jurídica postula la permanencia del disfrute solidario. En Dig. 33, 2, 32, 8 se presenta la posibilidad de usufructo de la estimación de la cuota sobre que se estableció; lo que ya podía ser determinado por el mismo testador: Dig. 7, 1, 42, 1.

portante que sea el disfrute de unas rentas, lo es quizá más aún el uso (60). El testador no sólo quería dejar unos medios de vida, estimables en dinero, a su viuda, sino que le dejaba, ante todo, la casa en que habían vivido juntos, con todos sus accesorios. Desde este punto de vista, resultaba tan antinatural desinteresarse a la viuda mediante una cantidad de dinero, que, por lo demás, no era un medio seguro para garantizar una estabilidad económica por muchos años (61), como permitir que el hijo pusiera fin a la convivencia exigiendo la entrega de igual cantidad de dinero. Más absurdo aún resultaba que los bienes se dividieran físicamente en dos para que cada uno, madre e hijo, disfrutara de una mitad. Todas esas soluciones eran contrarias a la intención del testador. Este, repetimos, quería hacer posible la vida digna de su viuda en convivencia con el hijo o los hijos que permanecieran en dicha convivencia. Si la madre quería apartarse de la sede familiar, le tenía que resultar difícil conseguir una compensación económica, es decir, un *frui* sin el *uti* a que renunciaba; si el hijo decidía vivir independientemente, tampoco podía exigir una indemnización económica. Es decir, la institución era esencialmente solidaria, no sólo por lo que respecta a los que concurrían en el disfrute, sino incluso respecto a la inescindibilidad del *frui* respecto al *uti*. Por otro lado, el usufructo era, por eso mismo, esencialmente vitalicio; la posibilidad de limitarlo con un *dies ad quem* resulta antinatural en el verdadero usufructo (62).

Este tipo genuino del usufructo, como institución alimentaria esencialmente familiar, fué elaborado por la Jurisprudencia, y sometido por ésta a un proceso de patrimonialización: se convirtió en un derecho patrimonial, con un valor económico estimable en dinero. Desde ese nuevo punto de vista, el *uti* resultaba mucho menos importante que el *frui*, ya que es precisamente en la explotación de disfrute donde reside el mayor valor pecuniario del usufructo. La función familiar fué postergada (63). El legado no aparecía ya como el único modo de constituir el usufructo y se especula, lo que para la época antigua resultaba extraño, con la hipótesis de una *stipulatio* de constituir usufructo.

Con todo, la Jurisprudencia no llegó a cambiar radicalmente la esencia del usufructo, y operaba con muchas consecuencias de su primitiva indivisibilidad. Así, no llegó a consumir una equiparación total del usufructo a la *possessio* ni del usufructo a la *communio*, y, por lo mismo rechazó la transmisibilidad: aunque la divisibilidad acabó por ser afirmada, sobre todo a efectos de la

(60) Cfr. supra nota 54. De ahí que el legado de usufructo se mantenga netamente separado del legado de renta: Dig. 7, 1, 58, 1, 2.

(61) Piénsese, no sólo en la imprudencia económica de la mujer, sino en las fluctuaciones del valor del dinero.

(62) Cfr. A. d'ORS en AHDE, 18 (1947) 665.

(63) De ahí que los bizantinos llegaran a admitir el usufructo a favor de una persona jurídica, y por la duración máxima de cien años.

posibilidad de una reclamación parcial y de la reductibilidad *ex lege Falcidia* (en ambos casos divisibilidad ideal), una divisibilidad física, a efectos de la *actio communi dividundo* (y habría que decir también de la *actio familiae erciscundae*) no fué admitida, y la antigua solidaridad pervivió siempre en lo que vino a llamarse el *ius adcrescendi* especial del usufructo, así como en otras soluciones casuísticas (64).

La patrimonialización racionalizadora a que la Jurisprudencia romana sometió el tratamiento del derecho de usufructo pervirtió parcialmente la naturaleza genuina de la institución. La consideración de este fenómeno, incluso con vistas al Derecho civil moderno, puede quizá contribuir a la corrección, por rectificaciones jurisprudenciales sobre todo, del curso de la degeneración, revalorizando la función genuina e insustituible del usufructo como institución familiar alimentaria. Por lo que respecta a la Sistemática, al menos para el Derecho romano, creemos consecuente situar el estudio del usufructo, no en el Tratado de los Derechos Reales, sino en el de la Sucesión testamentaria.

II

7. Tipos de cousufructo en el Código civil español

En el Derecho civil moderno subsiste el problema fundamental de la divisibilidad del cousufructo, como tipo especial de comunidad.

El Código civil es parco en cuanto al trato y desarrollo de la comunidad de usufructo. El cousufructo que admite—o como textualmente expresa, «el usufructo constituido en favor de varias personas simultáneamente» (art. 469), resulta una figura vacilante e incompleta, ya que el Código no determina su desarrollo y tan sólo recoge aspectos parciales del mismo. Así, cuando en el art. 490 se trata de la administración y percepción de frutos e intereses del usufructuario de parte de una cosa poseída en común; en el art. 521, en cuanto al llamado derecho de acrecer o permanencia del usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución; en el art. 640 que se confirma la posibilidad de constituir el usufructo en provecho de varias personas; por último, en el art. 787, n.º 2, *a sensu contrario*, se admite, también el usufructo simultáneo.

También la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, al interpretar el art. 392, estima la existencia de condominio o comunidad de

(64) Dentro de la sistemática de los derechos reales, el usufructo quedó siempre como una institución híbrida, que si se aproximaba por un lado a la propiedad y a la posesión, no dejaba por otro de considerarse como un tipo de servidumbre, es decir, de uso.

bienes, no sólo en el caso de que la propiedad de una cosa pertenezca *pro indiviso*, a diferentes personas, sino también cuando el dominio o los aprovechamientos que de él se deriven están atribuidos en tal forma, que hay entre los copartícipes algo común, en términos que pueden reputarse como copropietarios (S. 9 mayo 1922). Otras sentencias del Tribunal Supremo se refieren, concretamente, a la comunidad del derecho de usufructo y establecen que los disfrutes de que se trata son como «relaciones jurídicas análogas a la comunidad de bienes» (SS. 9 julio 1903 y 6 julio 1920), o bien reconocen, sin más, su existencia (SS. 18 febrero 1896; 14 diciembre 1898; 29 marzo 1905; 21 mayo 1910; 8 julio 1912; 9 febrero 1917; 1 octubre 1919; 23 octubre 1919; 17 junio 1929; 18 mayo 1943 y 25 junio 1943).

a) *Cousufructo voluntario.*

El Código civil distingue fundamentalmente dos clases o modos de constitución del usufructo: el usufructo voluntario y el usufructo legal. El primero es el usufructo normal y característico, un derecho real sobre cosa ajena limitativo del dominio, un derecho de tipo patrimonial (arts. 467-522); el segundo, es el usufructo legal, necesario o, también, llamado familiar que establece el Código en los arts. 159-166, 834-839 y 1.357-1.364.

La distinción es importante, no sólo en la problemática de su régimen jurídico (legal o voluntario), sino por lo que se refiere a su específica naturaleza. Generalmente, se afirma hoy por la doctrina que el usufructo normal es el llamado voluntario, mientras que el usufructo legal es una especie o variedad que se asemeja al usufructo, pero con contenido y alcance distinto: resulta un usufructo de excepción.

Paralelamente a esta distinción, existe un cousufructo voluntario cuando la titularidad de un usufructo recaiga sobre varias personas. Ahora bien, respecto a este cousufructo, aunque en el Código civil carecemos de un régimen jurídico completo, no obstante, es posible lograrlo a través de las normas desperdigadas que contiene, o bien por un trato de analogía con las reglas establecidas para la comunidad (65). Por otra parte, el título voluntario del mismo ofrece un mayor campo a la autonomía particular para llegar a establecer una regulación normal y completa de su ejercicio en la percepción de frutos, realización del uso de la cosa y, en general, su administración y desenvolvimiento.

Mayores dificultades ofrece cuando no está preordenada su distribución o régimen a seguir. El art. 393 viene a resolver la

(65) En este sentido opina nuestra doctrina: MARRASA, *Comentarios al Código civil*, IV (Madrid, 1895), 348; MUCIUS SCAEVOLE, *Código civil*, IX (Madrid, 1894), 117; VALSERRA, *Tratado de Derecho civil español*, II (Valladolid, 1936), 422; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, II (Madrid, 1950), 477.

duda al disponer que "el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas. Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad».

Los derechos del cusufructo son, fundamentalmente, dos: a) El derecho a poseer la cosa objeto del usufructo y b) El derecho a la obtención de la parte de los frutos.

Ahora bien, el disfrute del cusufructuario no tiene la extensión y la amplitud de la del usufructuario individual. El disfrute de los partícipes en el usufructo tiene ciertos límites, no sólo en cuanto al uso, sino también en cuanto a la obtención de los frutos.

Así, en cuanto al uso, es aplicable el principio establecido en el art. 394, por el cual, cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarla según su derecho. Además, según el art. 397, ninguno de los condueños (se aplicará aquí a los cusufructuarios) podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos. Hay que añadir que los cusufructuarios se pueden quejar, no sólo del uso exclusivo que uno de ellos haga de la cosa, sino también por elección de un uso o destino distinto de la cosa, en virtud del principio de mayoría establecido en el art. 398.

Por lo que se refiere a la adquisición de la propiedad de los frutos naturales, el cusufructuario la obtendrá mediante la separación y proporcionalmente a su cuota (art. 490); por el artículo 393 del Código civil, según vimos, se presume que serán iguales, mientras no se pruebe lo contrario. Además, siempre queda el medio de poder alterar el régimen, si, por pacto, se estableciera otra cosa.

Las obligaciones del cusufructuario, según los principios de toda comunidad, serán:

a) Obligación de redactar el inventario que es indivisible y, por tanto, tienen el deber de realizarla los cusufructuarios conjuntamente (art. 491, n.º 1).

b) Obligación de prestar fianza que, como divisible, será proporcional a la cuota de usufructo (art. 491, n.º 2).

c) Obligación de custodiar la cosa, también indivisible (artículo 497).

d) Obligación de atender a los gastos ordinarios de la conservación y de las cargas que gravan los frutos (arts. 395 y 500), igualmente indivisibles.

e) Obligación de avisar al propietario de las reparaciones ex-

traordinarias (art. 501), así como las cargas que gravan la propiedad y los gastos de los pleitos (art. 504).

b) *Otros modos voluntarios de constituirse el cusufructo.*

Los titulares o copartícipes de un derecho de usufructo pueden ver más o menos reducido su derecho en virtud de la extensión concedida en el título de constitución.

De este modo, por el objeto sobre que recae, el cusufructo puede ser establecido en cosas singulares (bienes muebles o inmuebles), sobre un patrimonio (arts. 469, 506 y 510) (66), en parte de una cosa (arts. 477, 490 y 834) (67) y sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo e intransmisible (arts. 469, n.º 2 y 475). Actualmente, el usufructo de derechos adquiere gran importancia, tanto en la esfera de los derechos reales como en la de los de crédito, así como el usufructo de derechos de bienes inmateriales (autor, inventor, etc.) (68). También tiene trascendencia, de un modo particular, el usufructo de acciones o de títulos valores de las personas jurídicas. En virtud del desarrollo que adquieren las sociedades hoy día en el tráfico mercantil, surge, como medio especial de disfrute, la acción o cuota de participación. Perodada su relevancia y complejidad, requiere estudio aparte (69).

Por razón de las personas, el cusufructo existe cuando el disfrute se da entre varios usufructuarios (supuesto normal). Ahora bien, cuando este disfrute se realiza entre un usufructuario y varios copropietarios (por cesión de la cuota de un copropieta-

(66) Cfr. la nota de FADDA y BENSA a WINDSCHEID, *op. cit.* II, 507; BARASSI, *I diritti reali limitati in particolare l'usufrutto e le servitù*. Milán, 1947, página 177.

(67) Sobre un cusufructo de dos treinta y nueveavos partes: S. 17 junio, 1929. Véase BARASSI, *op. cit.*, pág. 147 y ss.

(68) Cfr. DALMASES, *El usufructo de derechos*. Madrid, 1932, pág. 182 y ss.

(69) Cfr. CROME, § 437; TUHR, *Allgemeine Teil*, I, 97; en contra: NEUDEGGER, en *Archiv für bürgerliches Recht*, 34, 75, y KAUFMANN, *Eigentum am Gesellschaftsvermögen* (1911), 92, cit. por WOLF, *Derecho de cosas*, trad. española de la obra de ENNECERUS, por PÉREZ y ALGUER, III, 2.º (Barcelona, 1937), 68. En la doctrina italiana: GASPERONI, *Usufrutto di azioni e diritto di opzione*, en *Rivista di Diritto Commerciale (=RDC)*, II (1943), 165; FERRI, *Usufrutto di azioni e assegnazioni di azioni gratuite*, en *Diritto e pratica commerciale*, II (1943), 67; FIORENTINO, *Comproprietà ed usufrutto di azioni*, en *RDC*, V-VI (1946), 248; WALTER BIGIAMI, *Estensione dell'usufrutto di azioni copiate?*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, IV (1947), 854; ASQUINI, *Usufrutto di quote sociali e di azioni*, en *RDC*, I-III (1947), 12. Entre nosotros: DALMASES, *op. cit.*, pág. 224; COSSIO, *Usufructo de acciones en el Código civil español*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (=RCDI)*, IX (1933), 896; SÁNCHEZ TORRES, *Usufructo de acciones de sociedades mercantiles (problemas entre usufructuarios y nudo propietarios)*. Madrid, 1946; LARRAZ, *El usufructo y la sustitución fideicomisaria sobre títulos valores*, en *Revista de Derecho Mercantil*, III (1947), 7; BOFARULL, *El usufructo y la nuda propiedad en la suscripción de valores mobiliarios*, discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia. Madrid, 1947.

rio), ¿se puede decir que exista en realidad un cusufructo? (70).

La doctrina, al plantearse el problema de si hay comunidad entre los copropietarios y el usufructuario de una parte de ella, suele dar una contestación negativa. Según Castán (71), «es nota esencial de la comunidad de bienes la unidad del objeto, y ésta no existe entre los copropietarios (titulares del derecho de propiedad) y el usufructuario (titular de un simple derecho de usufructo). Lo que hay es que el usufructuario de una parte alicuota de una cosa común ha de tener en ella, por virtud de su derecho de usufructo, la misma participación en la facultad de aprovechamiento, que tendría el propietario o condueño; y como a este derecho de aprovechamiento ha de ir ligado el derecho de administrar, pues la administración tiende a procurar que la cosa dé las mayores utilidades posibles, se concede también al usufructuario la participación que tendría el dueño en la administración de la cosa común».

El usufructuario de parte de una cosa poseída en común—dice el art. 490 del Código civil—ejercerá todos los derechos que corresponden al propietario de ella referentes a la administración y a la percepción de frutos e intereses. Creemos que sobre esta base puede admitirse la existencia de un codisfrute entre el propietario y el usufructuario de cuota, pero nunca un cusufructo, ya que falta la unidad de título entre ambos (propietario o propietarios y usufructuario) (72).

Igualmente no existe cusufructo entre el nudo propietario y el usufructuario, puesto que tampoco poseen la misma naturaleza uno y otro (73). Como observa García Granero (74), entre usu-

(70) V. DRAGO, *Usufruttuario di quota e comunione col coproprietario*, en *Temì Emiliana*, I (1934), 183; DOSSETTO, *La comunione dei diritti reali con particolare riguardo alle disposizioni del nuovo Codice civile*, en *Estratto da Sinossi giuridica*, fas. 608-610, pág. 18; SALIS, *La comunione. Trattato di diritto civile italiano*. Torino, 1939, pág. VII, núm. IV; SANTORO-PASSARELLI, en *Foro Italiano*, I (1932), 425; GIERKE, § 147 y cfr. *Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen des streitwilligen Gerichtsbarkeit*, 49, 191, cit. por WOLF, op. cit., pág. 100, núm. 1.

(71) CASTÁN, op. cit., pág. 290.

(72) En contra: S. 14 diciembre 1898, que parece admitir la comunidad de bienes entre los copropietarios de una cosa común y el usufructuario de una parte de ella. De admitirla, tendría transcendencia en cuanto a la comunidad, o de la cosa poseída en común por el posible ejercicio de una acción por un copropietario contra el usufructuario de cuota.

(73) VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, trad. esp., II (Madrid, 1928), 638, cree que hay comunidad de disfrute con el propietario cuando el usufructo creado en favor de varios, y separadamente se extingue para uno, por cualquier causa que no afecte al derecho de los demás. Y también se forma inicialmente una comunidad de disfrute con el mismo cuando el usufructo se constituye por haber sucedido al copropietario en virtud de la ley o por un acto de voluntad privada, o por suceder al propietario, a causa de vocación legal o por causa de voluntad privada con expresa limitación de cuota; cfr., además, CASTÁN, op. cit., pág. 291; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil es-*

fructuario y nudo propietario hay una titularidad compartida o dividida, una concurrencia de pretensiones jurídicas distintas sobre un mismo objeto jurídico.

c) *Usufructo legal: examen de los diversos usufructos legales.*

Otra consideración ofrece el posible fenómeno paralelo de cusufructo legal que, a primera vista, se puede identificar con el usufructo legal. Este usufructo presenta un disfrute de carácter familiar. ¿Se trata en realidad de un verdadero cusufructo?

Como advierte Venezian (75), la verdadera comunidad de usufructo se constituye cuando se sucede al propietario a virtud de un acto de voluntad privada, ya que la comunidad verdadera no nace de la ley. Y de tal forma es esto cierto para nuestro Derecho positivo que puede hablarse de un codisfrute o disfrute en común en los supuestos de usufructo legal, pero difícilmente de un cusufructo.

El usufructo legal viene referido a aquel uso y disfrute que la ley asigna a ciertas personas en cosa ajena, sin necesidad de que para su constitución concorra la voluntad del propietario. En el Código civil encontramos tres supuestos de usufructo legal: a) El concedido a los padres sobre los bienes de los hijos que están bajo su potestad (arts. 159-166); b) El del cónyuge viudo en los bienes del premuerto en las sucesiones legítima y testamentaria (arts. 834-839); c) El que se concede al marido sobre la dote inestimada de la mujer (arts. 1.357-1.364). Estos supuestos de usufructo legal han sido también denominados como usufructo familiar (76), debido al régimen diverso que frente al usufructo común se le ha dispensado. Dada la peculiar naturaleza de este disfrute, se suele diferenciarlo del ordinario, puesto que no se presta fianza, se tiene capacidad de disposición y es concedido en beneficio general de la familia.

La doctrina, tanto extranjera como nacional observa cómo el usufructo cumple una específica función dentro del campo familiar y que, actualmente, es la ley la que lo impone, aunque sea de un modo excepcional, a través de estos supuestos determinados.

Huber (77) expone cómo el derecho real de usufructo en el

pañol, III-I (Madrid, 1950), 258, núm. 6; la Res. 17 noviembre 1916, la s. 5 junio 1929 y la Res. 24 diciembre 1934; también LEZÓN, *Institución conjunta de herederos en usufructo y nuda propiedad, según el art. 787 del Código civil, su naturaleza y problemas de hermenéutica jurídica que plantea*, en RCDI, 4 (1928), 334.

(74) GARCÍA GRANERO, *Cotitularidad y comunidad*, en RCDI, 19 (1946), 147.

(75) VENEZIAN, *op. cit.*, II, 638.

(76) Cfr. DALMASES, *op. cit.*, págs. 128 y 239.

(77) HUBER, *Los derechos reales en el Derecho privado suizo*, trad. esp., Madrid, 1912, pág. 22.

derecho de familia está ligado, precisamente, a la existencia de la relación jurídico-familiar. «Que aquí no se trata del usufructo corriente del derecho de bienes—dice—, se reconoce por todos y se expresa en la misma ley (BGB), puesto que emplea para el usufructo corriente la designación de «Niessbrauch» y para el disfrute legal del marido sobre el patrimonio de la mujer, la expresión de goce del aprovechamiento («Nutzniessung»). El Código civil suizo (ZGB) escoge para la primera esta última, y para la segunda, la de disfrute («Nutzung»).

Según Wolff (78), estas formas de usufructo legal no caen dentro del concepto del usufructo. «La diferencia—manifiesta—reside en lo siguiente: el usufructo recae sobre objetos singulares cualquiera sea el patrimonio a que pertenezcan; el disfrute legal recae sobre un patrimonio separado, considerado como un todo, y recae sobre los objetos singulares pertenecientes a este patrimonio sólo en tanto en cuanto aquéllos pertenezcan al patrimonio separado. Esta diferencia cardinal impide que el disfrute legal sea construido como derecho sobre objetos singulares y, por consiguiente, como usufructo; pero el parentesco de ambas instituciones se revela en que ciertos principios fundamentales del derecho de usufructo son aplicables al disfrute legal (§§ 1.383, 1.384, 1.423, 1.652, 1.663)».

De Page (79) hace observar la gran diferencia que separa a estos diversos derechos de disfrute legal del usufructo de derecho común, agrupándolos, dada su fisonomía propia, bajo un concepto genérico. Y por la finalidad para que han sido establecidos, Planiol y Ripert (80) también los configuran y tratan separadamente.

La doctrina italiana distingue, igualmente, las dos clases de usufructo. Stolfi (81) observa cómo la estructura y naturaleza jurídica del usufructo legal no está de acuerdo con la del usufructo, por el especial destino de los bienes a la satisfacción de intereses y necesidades que trascienden de aquéllos del usufructuario. Se-

(78) WOLFF, *op. cit.*, III, 2, 68.

(79) DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, VI (Bruxelles, 1942), 169.

(80) PLANIOL y RIPERT, *Traité práctico de Derecho civil francés*, trad. cast., I y III (Habana, 1945), 363 y 645, respectivamente. En Canadá, HENRI TURGEON, *Le système successoral de la province de Québec*, Québec, 1949, página 25.

(81) STOLFI, *Diritto di famiglia*, Turin, 1921, págs. 568 y sigs.; BARASSI, *Op. cit.* pág. 154 y en *Le successioni per causa di morte* (1947), n. 80 y 94 ctee que en las diferencias explicadas por el carácter familiar del usufructo, unida a la potestad especial atribuida, no son tan grandes, a pesar de que se le ha dado al usufructo legal una naturaleza diversa frente al usufructo ordinario, debido a que al usufructo legal se le atribuye naturaleza de derecho personal, no real, fundándola sobre la no hipotecabilidad; DE MARTINO, *Della proprietà. Commentario del Codice civile*, por SCIALOJA y BRANCA (arts. 597-1.099), III (Bologna-Roma, 1947), y también TEDESCHI, *L'usufrutto legale e usufrutto*, en *Circolo giuridico*, I (1934) 233 y 288 cit. por DE MARTINO.

gún Milani (82), «el problema de la naturaleza jurídica del usufructo se encuentra en estos nuevos términos: ¿se puede negar que el derecho concedido al padre sobre los bienes del hijo propietario sea un verdadero y propio usufructo, solamente porque le es concedido, no en orden a un interés propiamente individual, sino a un interés superior del conjunto familiar?» El hecho de que sea constituido por la ley es, pues, en vista de un interés superior que el ordenamiento jurídico considera como necesario (83).

En el Derecho civil portugués, el usufructo es también constituido por mera disposición de la ley (art. 2.198) y puede ser de dos tipos: a) Usufructo propiamente dicho; b) Usufructo-compensación. Este último, es frecuentemente designado como usufructo legal. Cunha Gonçalves (84) observa que este usufructo no es un derecho real, ya que no recae sobre los mismos bienes, y sí en los respectivos rendimientos.

Entre nuestros autores, Dalmases (85) señala cómo la especial configuración del Derecho de familia hace que se dé en él un tipo de derecho de goce legal que nuestro Código civil denomina también usufructo, al seguir, en general, al francés y al italiano y, en última instancia, al Derecho romano. Añade que «la diferencia técnica—que comprobamos también en nuestro Derecho—consiste en que el usufructo se refiere a objetos determinados, cualquiera que sea el patrimonio a que pertenezcan, mientras que el derecho de goce familiar se refiere a un patrimonio especial—el que forman los bienes de los hijos o de la dote inestimada y recae sobre sus objetos en tanto que pertenezcan a él».

Igualmente, según Pérez y Alguer (86), «en el Código civil español sólo cabe contraponer el usufructo al usufructo legal. El examen de este último corresponde al derecho de familia. Pero la diferencia capital de uno y otro está, como indica el texto, en que el usufructo recae sobre objetos singulares cualesquiera que sea el patrimonio a que pertenezcan, como ocurre normalmente con los derechos reales limitados, mientras el usufructo legal sólo afecta a los bienes de un patrimonio separado y en tanto estén incluidos dentro del mismo».

(82) MILANI, *Natura giuridica dell'usufrutto legale del genitore*, en *RTDPC*, III-3 (1949), 580.

(83) Véase también: CICU, *Usufrutto d'eredità*, en *RTDPC*, III 3 (1950), 821.

(84) CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil*, XI (Coimbra, 1937), 354.

(85) DALMASES, *op. cit.*, pág. 129. De la misma opinión son: CHARRIN, en contestación a una consulta formulada en el *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 94 (1893), 498; DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho civil*, VI (Madrid, 1923), 444; RAMOS, en notas al libro de HUBER, *cit.*, pág. 23, núm. 2.

(86) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en notas a la obra de ENNECERUS, *op. cit.*, III-2, 71. Así lo entiende también HERNÁNDEZ GIL, *Concepto del Derecho civil*, Madrid, 1943, pág. 111.

Del mismo modo, Cossío y Rubio (87) observan que «más que como instrumento de tráfico, el usufructo se manifiesta como institución vinculada, por lo regular, a la sucesión *mortis causa* y a la familia, satisfaciendo necesidades que por su alcance rebasan el campo de lo meramente contractual».

Se observa, pues, cómo el usufructo familiar supone un desarrollo más amplio del contenido y, al mismo tiempo, de las facultades del usufructuario. Para Dalmases (88), las notas características del usufructo legal o familiar son: 1.º Que es un derecho de goce sobre un conjunto de bienes, pero que se distingue del de patrimonio en que sólo recae sobre un bien en cuanto esté en aquel conjunto. 2.º Frente al usufructo común se distingue en la facultad de disponer—dentro de ciertos límites—de las cosas y de los derechos mismos que son su objeto. 3.º Que no se puede enajenar ni gravar el mismo usufructo.

Dada la particular contextura de este usufructo es necesario que indiquemos algunas notas más, en el sentido de realzar su peculiaridad, no sólo con objeto de diferenciarlo del usufructo común—hoy desnaturalizado y apartado de su verdadera función—, sino para inyectarle el vigor necesario que le falta. Hay que ver cómo en el llamado usufructo familiar se da un disfrute conjunto, al crearse una comunidad de disfrute en los bienes de los miembros de una familia, aunque formalmente la ley se refiera exclusivamente a una persona determinada (usufructo del cónyuge viudo, de los padres sobre los bienes de los hijos, etc); no por eso, de hecho, se disfruta en un régimen separado, sino común.

Precisamente, es en el seno de la comunidad familiar donde se realiza y cumple su cometido. La existencia de una comunidad de goce de los bienes es indudable. A la celebración del matrimonio, con la unión íntima de dos vidas, le sigue la unidad económica. A pesar de los diversos regímenes patrimoniales que según el Código se pueden establecer, lo más frecuente es mantener una situación de unidad, ya por la presunción de la misma, que la ley establece (régimen de gananciales), o bien a través del derecho de administración que la ley concede al marido. Y cuando falta este aglutinante, ya sea a consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges u otra causa de ruptura (separación, divorcio), es el usufructo, precisamente, el que viene a sostener la unidad de la agrupación familiar.

El Tribunal Supremo, en SS. 7 julio 1892 y 27 septiembre 1893, interpreta, igualmente, que «el derecho de usufructo concedido por la ley a favor del padre o de la madre no se halla establecido en beneficio personal y exclusivo del usufructuario, sino en beneficio de la familia por él regida».

(87) COSSÍO Y RUBIO, *Tratado de Arrendamientos Urbanos*. Madrid, 1949. pág. 93.

(88) DALMASES, *op. cit.*, págs. 244 y sigs.

Por lo tanto, podemos hablar de un usufructo legal o familiar que tiene, además, las siguientes notas específicas:

a) Suponer siempre un disfrute conjunto por el sentido de la *affectio*, es decir, que el beneficio es para todos.

b) Suponer una nota de pacifismo frente a otras relaciones que presentan un carácter polémico.

c) Tener una finalidad alimentaria y entrelazante, o sea, de asistencia a los miembros de la familia para que puedan desarrollar sus facultades conforme al estado y condición que mantienen (89).

Ahora bien, a primera vista pudiera creerse que en el usufructo legal, por el hecho de su disfrute conjunto, se da un cousufructo, especialmente, en dos de los casos de usufructo legal. Algo diferente ocurre en el usufructo del cónyuge viudo, según veremos.

En estos supuestos, tenemos que observar que, más que de un cousufructo, propiamente dicho, se trata de un codisfrute. El disfrute conjunto que tales usufructos legales ofrecen es, simplemente, aparente. Si partimos de una concepción del usufructo como *ius in re aliena*, es decir, un derecho que grava y comprime el derecho de propiedad, y no como *pars rei* o *pars domínii*, o sea, que su constitución representa una división cualitativa del dominio—concebida en algunos textos de la jurisprudencia romana y hoy ya revisada por la dogmática civil moderna (90)—, observaremos cómo, en realidad, no existe una cotitularidad en estos tres casos de usufructo legal, sino tan sólo un concurso de derechos diferentes sobre el disfrute de la cosa (codisfrute).

Empecemos por examinar separadamente las tres hipótesis legales, puesto que, en la concurrencia de derechos que presentan, hay cierta diferencia de matiz.

En el supuesto del usufructo del padre o madre sobre los bienes de los hijos existe un derecho de goce, además de la administración, en favor del padre o madre, frente al derecho de nuda propiedad que le queda al hijo o hijos (91). En tal supuesto, son

(89) Conviene advertir que el usufructo legal no es un derecho de alimentos, como algún autor pudo pensar (MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, XIV, 392), sino que la condición del viudo, según señaló también la Res., 17 noviembre 1916, se parece a la de los alimentistas. Tal era el parecer de los autores de la Comisión de Codificación; cfr. ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales* (edición de homenaje). Madrid, 1947, pág. 296.

(90) Cfr. supra nota 36. Igualmente, el Tribunal Supremo, en S. 3 diciembre 1946, sostiene que el usufructuario no es titular de un dominio dividido, sino de un «derecho real de goce» o gravamen del dominio único y abstracto.

(91) Para GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio. I. Diagnóstico y tratamiento del pseudo-usufructo testamentario*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (= AAMN), II (1946), 441, no es tal usufructo, sino síntomas externos de usufructo, pseudousufructos que podrían llenar un interesante capítulo sobre patología del usufructo. Una po-

los padres los que obtienen exclusivamente todos los productos de los bienes del hijo menor no emancipado, el cual se beneficiará de ellos indirectamente en virtud de la naturaleza específica, funcional, que tiene dicho usufructo; su objeto, según vimos, supone el beneficio total de la familia (92).

Por lo tanto, no podemos hablar aquí de cotitularidad de derechos entre el padre o madre y los hijos, puesto que están en un rango diferente: usufructuario uno, nudo propietario el otro u otros. El Código civil, en el art. 160, habla de que «los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiriera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad y en usufructo al padre o a la madre que le tengan en su potestad y compañía; pero si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos a dichos bienes como emancipado, y tendrá de ellos el dominio, el usufructo y la administración». Esta segunda parte del artículo nos hace ver cómo el Código se refiere, en la primera parte del mismo, a la nuda propiedad y no a la propiedad plena en concurrencia con el usufructo, pues, de lo contrario, sobraría la expresión concreta de tener no sólo el dominio, sino el usufructo y la administración. Además, si el padre tiene todo el usufructo, y no parte del mismo—como por el contrario ocurre, según vamos a ver, en el usufructo del cónyuge viudo—, se agotará con él el disfrute del derecho, lo cual tampoco quiere decir que el hijo quede exento de todo disfrute, ya que, en realidad, él compartirá de hecho con el padre en tal disfrute. Ahora bien, el hijo lo obtendrá a través del padre, es decir, en cuanto que tal disfrute, según se vió, no es personal y exclusivo, sino en beneficio de la familia por él regida.

Igual fenómeno sucede en el usufructo del marido sobre los bienes dotales de la mujer. En ellos, el marido tiene el usufructo y administración de dichos bienes y la mujer tan sólo la nuda propiedad. Este usufructo del marido, como tampoco es de parte, sino total, agota también las posibilidades de disfrute directo de la mujer en cuanto a sus facultades como mera nuda propietaria. Igualmente que en el usufructo anterior, la mujer disfrutará a través del marido. El art. 1.357 es tajante a este respecto: «El marido es administrador y usufructuario de los bienes que constituyen la dote inestimada, con los derechos y obligaciones anexas a la administración y al usufructo, salvo las modificaciones expresadas en los artículos siguientes.»

sición extrema la mantiene: SECH1, *Sobre la abolición del usufructo legal de los padres en los bienes de los hijos*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (= RGLJ), 87 (1895), 661.

(92) Cfr. *Usufructo establecido por la ley en virtud de la patria potestad; preferencia de los hijos por razón de dicho usufructo sobre los otros acreedores*. *Doctrina del Tribunal Supremo*, por la Redacción de la RGLJ, 90 (1897), 780.

Son, pues, notas características de estos usufructos legales el que no sean en beneficio exclusivo e individual y que se una la administración de bienes. Ello implica, también, una facultad de disposición que, algún autor (93), atribuye a la naturaleza específica de estos usufructos, cuando, en realidad, según afirma Jordano Barea (94), no procede del derecho de usufructo legal propiamente dicho, sino de la administración, del poder de gestión que además se le otorga (arts. 159, 163 y 1.357) y no del derecho de usufructo, que tan sólo supone derecho a disfrutar.

El usufructo del cónyuge viudo merece una mención separada de las anteriores. Aquí el usufructo que se concede al cónyuge es el de una cuota parte, mientras que a los hijos o descendientes legítimos se les concede la total propiedad de los bienes. Por lo tanto, hay dos grupos de personas que tienen derecho a un mismo disfrute de las cosas: el cónyuge viudo y los hijos o demás herederos. Como en los usufructos anteriores existe un usufructo coincidente sobre los mismos bienes. Pero ello tampoco supone cotitularidad de derechos. El derecho por el que disfruta el cónyuge viudo es también de diferente rango del que disfrutaban los hijos: uno es sólo usufructuario; los otros, plenos propietarios. Aquí lo que existe es un concurso del derecho del usufructuario con el derecho de los propietarios y, por esta razón, se divide entre estos dos titulares de derechos concurrentes, aunque, si bien, diversos. No son, pues, cotitulares, sino que simplemente inciden sobre una misma cosa en disfrute común (95). Por lo tanto, no sucede como en los dos casos anteriores de usufructo legal en que los hijos o la mujer adquieren a través del padre o de su marido en virtud de la función familiar que el usufructo implica, sino que cada uno adquiere el disfrute de las cosas independientemente, separadamente, en virtud de su particular título. Si a la falta de cotitularidad unimos la solución divisoria que el art. 838 del Código civil proclama, se logra la destrucción de la unidad familiar personal y económicamente que en los usufructos anteriores aún se mantenía.

d) Tipos forales de usufructo.

Al existir en nuestra Patria derechos territoriales, llamados forales, que de un modo legal o consuetudinario regulan ciertas instituciones con un matiz diferencial de las de Derecho común, surge la cuestión de su delimitación y significado dentro de esta duplicidad de régimen civil.

El carácter relevante del usufructo establecido por las regio-

(93) DALMASES, *op. cit.*, pág. 245.

(94) JORDANO BAREA, *El cuasi usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL (=ADC). I (1948), 1014.

(95) Reconoce una comunidad de disfrute: VENEZIAN, *op. cit.*, II, 638.

nes forales es el sentido de la *affectio* entre los miembros de la familia. En estas regiones se suele legar al otro cónyuge el usufructo de todo o parte del patrimonio con la facultad de enajenar, si ello fuere necesario.

En Aragón (96), la viudedad es una institución de gran importancia, ya que nos revela el disfrute conjunto de la viuda y de los hijos con su función familiar entrelazante. «La celebración del matrimonio—según el art. 63 del Apéndice foral—atribuye por ministerio de la ley a los cónyuges, solamente respecto de los bienes raíces o inmuebles que hayan aportado a aquél o que con posterioridad adquieran así a título lucrativo como a título oneroso, el derecho expectante y recíproco de usufructuar el uno los del otro, en la forma y condiciones que se expresan en este Apéndice». El ejercicio de los derechos y el descargo de las obligaciones del supérstite, tocantes a la viudedad, según el art. 72 del Apéndice, se ajustarán a lo que se halle estatuido válidamente por capitulación matrimonial, disposición de última voluntad, convenio entre el viudo y los interesados en la propiedad u otro cualquiera otorgamiento que conste con autenticidad pública y solemne. Sólo en lo que no esté prevenido, prohibido o modificado por virtud de alguno de los aludidos títulos, se regirán los atributos y las cargas o limitaciones de la viudedad por las mismas que seguidamente se encuentran (v. art. 72, núms. 1, 2, 3, 4, 5 y 6).

En cuanto a las obligaciones, señala el núm. 6 del art. 72 de dicho Apéndice que «satisfará los alimentos que sean legalmente debidos. En tal concepto, deberá señalarlos, arregladamente al haber y poder de la casa, a los hijos comunes y a los del finado no desheredados expresamente que carezcan de medio de subsistencia, dejando siempre a salvo los recursos para atender decorosamente a las necesidades de su vida propia».

En Aragón, otra de las instituciones que tiene trascendencia en la concepción del disfrute conjunto es la continuación de la sociedad con los herederos del cónyuge premuerto. Como dice

(96) Véase: LOZANO, *La viudedad foral aragonesa*, en *Revista de Derecho Privado* (= RDP), I (1914), 416; AZPEJTA, *Sucesión del cónyuge viudo en Aragón*, en *RGLJ*, 125 (1914), 291; ISABAL, *Viudedad foral*, en *RDP*, I (1914), 276. e *Inscripción de bienes hereditarios. La viudedad foral y el consorcio*, en *RDP*, 5 (1918), 177; MARTÍN-BALLESTERO COSTEA, *Derechos sucesorios del cónyuge viudo en Aragón*, en *Primera Semana de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1942, pág. 27; ARAGÜES PÉREZ, *La prohibición de viudedad*, en *Primera Semana*, cit., pág. 41; PELAYO HORE, *Problemas de viudedad foral*, en *Segunda Semana de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1943, pág. 175; CAMÓN AZNAR, *De la extensión de la viudedad legal a todos los frutos pendientes de recolección al fallecimiento del cónyuge premuerto*, en *Segunda Semana*, cit., pág. 193; HUERTA SAN JUAN, *Usufructo viudal en establecimientos mercantiles e industriales*, en *Segunda Semana*, cit., pág. 195; PELAYO HORE, *La viudedad foral aragonesa*, en *RDP*, 28 (1944), 24; BORRELL SOLER, *Protección de la viuda en los regímenes civiles españoles*, en *Estudios de Derecho sucesorio*, Barcelona, 1946, pág. 32; LACRUZ BERDEJO, *El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón*, en *sep. del Anuario de Derecho Aragonés* de 1940, págs. 114 y sigs.

Castán (97), obedece, al igual que otras muchas instituciones de su Derecho, a la finalidad de retrasar las particiones y mantener la cohesión de la familia. De este modo, la llamada comunidad continuada del Derecho escrito y consuetudinario de Aragón es un resultado de la solidaridad familiar (98).

La institución de viudedad también existe en el Derecho foral de Navarra, conocida con el nombre de «fealdat» (de fidelidad). Tiene un carácter familiar más acentuado y una amplitud mayor, al comprender dentro de ella no sólo los bienes inmuebles, sino también los bienes muebles que integran el patrimonio del otro cónyuge (99).

Entre los Derechos forales es, seguramente, el catalán—como observa Dalmases (100)—el que restringe más las facultades del viudo usufructuario. Aparte del régimen legitimario y circunstancial de la *cuarta maritalis* justiniana (101), sólo obtiene el viudo el derecho de usufructo a la herencia vitalicia a través de la sucesión testada, si bien en la práctica de testar, tan observada en este país, no suele faltar esta disposición en favor de la viuda (102).

Aunque no tan amplio como el usufructo de Aragón y Navarra, se concede en Vizcaya al cónyuge sobreviviente un usufructo de viudedad sobre los bienes del premuerto (103), ya que tiene, como advierte Sánchez Román (104), un carácter circunstancial y limitado en cantidad y tiempo (105).

La comunicación foral es en el Derecho de Vizcaya una comunidad de bienes que entre marido y mujer se establece, si se disolviera el matrimonio, quedando hijos del mismo. En el caso de sucesión abintestato es aplicable, según declara el Tribunal Supremo (S. 31 enero 1950), la legítima del cónyuge viudo.

(97) CASTÁN, *Derecho civil foral*, II (Madrid, 1932), 155.

(98) V. LACRUZ BERDEJO, *Algunas observaciones sobre la facultad que conceden al cónyuge continuador de la comunidad los arts. 54 y 73, 6.ª del Apéndice*, en *Anuario de Derecho Aragonés*, 4 (1950), 131.

(99) S. 7 octubre 1943.

(100) DALMASES, *op. cit.*, pág. 45.

(101) V. REQUENA, *Variaciones sobre la cuarta marital*, en *Revista General de Derecho* (= RGD), 5 (1949), 148. También: MASPONS y ANGLASELL, *Notas sobre la cuarta marital según el Derecho catalán común*, en RDP, I (1914), 137; CAÑAS y MAÑÉ, *Qué derechos corresponden a la viuda pobre de marido binubo que deja hijos del primer enlace*, en RDP, 12 (1925), 65.

(102) Para una exposición completa: BORRELL, *Derecho civil vigente en Cataluña*, V (Barcelona, 1944), 399. También: MARTÍ MIRALLES, *Principios de Derecho sucesorio aplicados a fórmulas de usufructo viudal y de herencia vitalicia*, en *Revista Jurídica de Cataluña* (= RJC), 30 (1924), 19, 100, 187, 264, 365 y 465; POU, *Memoria sobre los derechos y privilegios de las mujeres casadas y de las viudas en Cataluña*, en RGLI, 15 (1859), 121.

(103) Fuero de Vizcaya, ley 2.ª, tit. XX.

(104) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V (Madrid, 1899), 1544.

(105) Para un examen amplio: JADO, *Derecho civil de Vizcaya* 2, Bilbao, 1923, pág. 269; BORRELL y SOLER, *op. cit.*, pág. 36; ECHEGARAY, *Derecho foral Privado*, San Sebastián, 1950, págs. 40 y 81; AREITIO, *Derecho civil de Vizcaya*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, I (Barcelona, 1950), 307.

Igualmente, en Mallorca (106) se concede a la mujer el que continúe usufructuando los bienes del marido durante el tiempo de su viudez.

En Galicia—dice Fuenmayor (107)—, la práctica notarial acusa dos tendencias para la efectividad del usufructo universal cuando concurre el viudo con descendientes: la que ordena como legado, por los cauces del artículo 820, número 3, del Código civil, y la que, con fundamento en el artículo 1.051, prohíbe la división de la herencia y atribuye la administración y el usufructo al viudo, estableciendo a su favor el legado del tercio libre en pleno dominio si los hijos no respetaran el usufructo del ascendiente. Con Fuenmayor, puede asegurarse que el usufructo universal se halla vigente en las costumbres jurídicas de dicha región (108), donde cumple el beneficioso fin de sostener la posición de la viuda o viudo, a la par que contiene la descomposición de los patrimonios familiares.

8. *La división de la comunidad de usufructo en el Código civil.*

La divisibilidad del usufructo está en función del concepto de comunidad.

Aceptado por el Código civil el criterio romano de comunidad y concebido el usufructo como un derecho a los frutos de la cosa (e identificada la comunidad con la copropiedad), la divisibilidad es la consecuencia inmediata del carácter patrimonial atribuido. La solución divisoria del artículo 400 resulta, así, el medio apto para salir de una situación comunal que la mayor parte de la doctrina considera incómoda, antieconómica e ineficaz (109). Según

(106) MAURA, *Derecho civil vigente en Mallorca*, Madrid, 1888, pág. 30; MASCARÓ, *Ensayos jurídicos sobre el Derecho foral de Mallorca*, Palma, 1896, pág. 14; BORRELL y SOLER, *op. cit.*, pág. 38; PONS MARQUÉS, *Derecho civil de Mallorca*, en *Nueva Enciclopedia jurídica seix, cit.*, pág. 271.

(107) FUENMAYOR, *Derecho civil de Galicia*, en *Nueva Enciclopedia jurídica Seix*, I (Barcelona, 1950), 265.

(108) V. BONET CORREA, *Sobre las costumbres jurídicas del Valle de Neira de Rey*, de próxima publicación.

(109) JOSSERAND, *Essai sur la propriété collective*, en *Livre du Centenaire du Code Civil*, I, 370, dice que la propiedad indivisa es equívoca y desconcertante; VIALLETON, *Droit au partage des usufruitiers et nu propriétaires par indivis*, en *Revue Trimestrielle de Droit civil* (= RTDC), 24 (1925), 263, cree que la división es a los ojos de la ley un estado transitorio que lleva consigo el germen de su propio fin; DEJEAN, *Reactions de la loi, de la jurisprudence et de la pratique contre l'indivision hereditaire*, Montpellier, 1935, pág. 8, opina que la indivisión es una situación de puro hecho no ratificada en Derecho. Entre nosotros: DE CASSO, *La «communio incidens» y sus repercusiones en la práctica notarial*, en *Curso de Conferencias de 1945 del Ilustre Colegio Notarial de Valencia*, pág. 175, afirma, de acuerdo con otros autores (von THUR, COLIN, MAROI y ROCA), que es una situación anómala, embarazosa y contraria a la naturaleza excluyente y libre del dominio. Gran parte de nuestra doctrina afirma como principio absoluto y decisivo el estable-

este artículo, «ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común». La división es, pues, el medio hábil para poner término a este estado que se considera molesto, inestable y engorroso.

Los modos de división de la comunidad de usufructo están en función del objeto sobre que recae. El problema se presenta con más agudeza cuando se trata de cosas indivisibles. El criterio que en este caso sigue el Código está de acuerdo con su concepción patrimonialista del usufructo. Así, el artículo 404 establece que «cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio». Los autores han discutido bastante sobre el procedimiento que haya de seguirse para la venta de la cosa común, pues el Código, como se observa, es poco explícito, ya que se ignoran cuáles sean los derechos y obligaciones de los comuneros en la pugna de sus intereses opuestos, según quieran o no la enajenación.

Otra solución divisoria ante las cosas de difícil división, ya por su naturaleza indivisible o por su función específica, nos la ofrece el artículo 1.062, a través de un criterio de valoración de dichas cosas. Según este artículo, «cuando una cosa sea indivisible o demerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga» (110).

La parquedad de estas normas es suplida por el mismo Código cuando el artículo 406 hace una remisión a las reglas concernientes a la división de la herencia, en lo concerniente a la división entre copartícipes. Por lo tanto, son aplicables los principios allí establecidos (arts. 1.051-1.087), de los cuales, es fundamental el principio general del artículo 1.061, por el que, en la partición, se ha de guardar la posible igualdad haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.

cido por el art. 400 acerca de la división de la cosa común: MUCIUS SCAEVOVA, *op. cit.*, VII, 120 y 315; FALCÓN, *Código civil español*, II (Madrid, 1880), 78; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, III, 185; PLANAS y CASALS, *Instituciones de Derecho español*, Barcelona, 1925, pág. 409; MANRESA, *op. cit.*, III, 514; v. SS. 11 noviembre y 31 diciembre 1917. En contra: LACAL, *La prohibición de dividir la herencia en nuestro Derecho positivo*, en *RCDI*, 7 (1931), 577; PELAYO HORE, *La indivisión perpetua en el Código civil*, en *RDP*, 26 (1942), 458; VALLET DE GOYTISOLO, *Notas para la interpretación del párrafo 2.º del art. 1.056 y el artículo 863 del Código civil*, en *RGD*, 27 (1946), 673, y 28 (1947), 2; LOIS ESTÉVEZ, *La distinción de condominio y sociedad*, en *RGLJ*, 92 (1947), 681. Como problema de interpretación contractual: MARÍN LÁZARO, *Sociedad y comunidad*, en *RDP*, 26 (1942), 689.

(110) Véase el art. 1.513 para el caso de que la venta se haga con pacto de retro.

Frente a este régimen de disolución de la comunidad, tan sólo dos excepciones se establecen. Una recogida por el artículo 401 y otra por el artículo 1.056, número 2. El primero dice que «sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común cuando de hacerla resulte inservible al uso a que se destina». El segundo declara que «el padre que en interés de su familia quiere conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos».

La disolución del usufructo mediante la aplicación de estas reglas resulta del todo forzada. Según veremos más adelante, no sólo la naturaleza específica que encierra (realización del *usus* y obtención del *fructus*), sino su título voluntario o bien su función legal, hacen que no se trate de un tipo de copropiedad incidental. La comunidad de usufructo es querida o impuesta en consideración a un fin trascendente que cumple, pero no es una institución advocada a la división inmediata.

a) *Posición crítica respecto al sistema del Código civil.*

El trato del Código civil en cuanto a los usufructos legales, especialmente el usufructo del cónyuge viudo, es disolvente y raquítico. Aunque por un lado se reconocía la necesidad de la protección a la viuda, por otro se hacía con un sentido aislado e incompleto. La adopción de esta medida por el Código obedeció al criterio, entonces muy en boga, de que la comunidad ofrecía muchos inconvenientes y para obviarlos se recurría al método de su más rápida disolución mediante la conversión del usufructo en un equivalente fraccionario del disfrute (111). Tal medida se apartaba de nuestra tradición jurídica de los Fueros y Leyes de Castilla, según los cuales, una vez muerto el marido, la mujer se quedaba en posesión de sus bienes en calidad de usufructuaria con los hijos (112).

Es, pues, un problema de interpretación judicial el llegar a lograr la preferencia de rango del cónyuge viudo con un sentido familiar, entrelazante y no meramente patrimonial o pecuniario (113). Mientras esto no se logre, el usufructo del cónyuge

(111) Cfr. VENEZIAN, *op. cit.*, II, 646.

(112) En este sentido, el Fuero Juzgo, en ley 15 ant., tít. 2.º, del Libro 4.º, dice: «La madre si non se casare despues de la muerte del marido, deve partir egualmente en todos los frutos con sus fijos mientras visquiere...». Un Estudio demostrativo y amplio: UREÑA, *La autoridad paterna como el poder conjunto y solidario del padre y de la madre*. Discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1912.

(113) Por mandato de la Ley de Bases de 1888 (Base 17, secc. 7.ª, cap. 2.º, tít. 3.º del Código), el Código civil debía regular la institución del usufructo viudal. Ello obedecía a la idea de las legislaciones forales, aunque en realidad,

viudo no será un verdadero derecho de usufructo, sino un mal remedo del mismo, una parte insuficiente e ingrata convertida en propiedad (114). De tal modo, el artículo 838 concluye la conversión del usufructo. Ante este precepto se nos ocurre preguntar: ¿Qué clase de usufructo es una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo? ¿Qué se hace del *usus*, para quién queda? El usufructo (*usus fructus*) supone el disfrute de la cosa ajena, es decir, ejercicio del *usus* y, además, obtención de frutos, y no simplemente una participación económica de las utilidades divisibles de la cosa. Con la entrega de una renta vitalicia o un capital en efectivo no podrá conseguirse, a través de una época de bruscos cambios económicos y monetarios, que el cónyuge mantenga una posición social o subsista con arreglo a su anterior estado. Si con la tercera solución del artículo 838, la entrega de determinados bienes, se logra, en parte, prever las anteriores situaciones, por otro lado no se tiene en cuenta para nada el valor de afecto o afección que con la posesión de la universalidad del patrimonio se consigue (115). Y es con tal posesión, precisamente, cuando se cumple con la verdadera función del usufructo, al mantener una situación de continuidad que no agotó su ciclo vital.

El matrimonio crea la familia y ésta no se escinde con la muerte de uno de los cónyuges. De él han surgido vínculos y afectos, necesidades, obligaciones y derechos que realizar y no pueden quedar resueltos en un momento dado y fatal, como es el de la desaparición de uno de los dos cónyuges. En esta materia ha sido tan radical el individualismo de nuestro Código que aun en este caso pretende una atribución de la propiedad exclusiva y excluyente.

Nunca con mejor sentido hay que hablar aquí de la función social que el usufructo viudal está llamado a realizar (116), pues no se trata tanto del beneficio personal y exclusivo que ha de reportar a aquel que se queda sin mayor amparo (especialmente cuando se trata de la mujer), sino mucho más de lograr la unidad de la familia y evitar la quiebra y disolución de esta base primaria de la sociedad.

La solución del Código civil es, a todas luces, inoperante para los casos de rebeldía de cualquiera de los hijos o demás herederos.

como observa CASTÁN, *La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales*, en *RGLJ*, 126 (1915), 33, en nada se parecen, como no sea en el nombre, la viudedad del Código y la clásica de las legislaciones forales.

(114) Como un derecho de propiedad lo consideraba el art. 773 del Proyecto Isabelino de 1851.

(115) A este respecto es digno de todo elogio lo dicho por BORRELL SOLER, *La protección de la viuda en los regímenes civiles españoles*, en *Estudios de Derecho sucesorio*, Barcelona, 1946, págs. 9 y sigs.

(116) Cfr. CASTÁN, *La sucesión del cónyuge viudo*, cit. pág. 38.

Menos mal que es harto común en la práctica el entender que continúa la sociedad conyugal entre el sobreviviente y los herederos del premuerto si no se hace descripción, inventario, embargo u otra diligencia que manifieste la voluntad de separarse de la misma (117). Pero la solución es diferente cuando cualquiera de aquéllos intenta poner en juego, con todas sus consecuencias, los preceptos legales. Entonces se comprende lo desafortunados que son. Llevan a una finalidad muy distinta a la que el buen sentido, la ética y la moral proclaman.

Otra de las facetas que nos muestra la poca fortuna que se tuvo al regular el usufructo del cónyuge viudo es la doctrinal. Con su contradictoria y múltiple gama de opiniones revela el criterio vacilante en torno a su naturaleza jurídica (118). Así, desde

(117) La Res. 8 agosto 1918 también consideró, como práctica muy extendida en las provincias de régimen civil común, la continuación de la comunidad familiar.

(118) CADAFALCH, *¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria del cónyuge sobreviviente?*, Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1862; MONER, *¿Cuál es la extensión de la viudedad aragonesa?*, en RGLJ, 39 (1871), 350; PASEAUD, *De la cláusula de viudedad en las disposiciones "inter vivos" y testamentarias*, en RGLJ, 57 (1880), 416; MANRESA y CHARRÍN, *Sobre el usufructo del cónyuge viudo con arreglo al Código civil: cuota que le corresponde y de dónde debe sacarse*, en RGLJ, 76 (1890), 544; ALVARADO, *Derechos del cónyuge viudo*, en RGLJ, 78 (1891), 174; MANRESA, *Si el cónyuge viudo tiene derecho al usufructo que le legó un consorte en testamento anterior al Código civil, y además al que le concede la ley*, en RGLJ, 83 (1893), 80; VALVERDE, *Usufructo viudal*, en RGLJ, 84 (1894), 392; MORRELL, *Derechos del cónyuge viudo*, en RGLJ, 84 (1894), 501, y 85 (1894), 44, 177 y 401; CHARRIN, *Sobre la compatibilidad de la legítima viudal con un legado*, en Boletín de la RGLJ, 97 (1894), 147, y 122 (1904), 20; PLAZA, *Un caso dudoso de responsabilidad del cónyuge viudo*, en RGLJ, 110 (1907), 782; GONZÁLEZ DEL VALLE, *Legítima del cónyuge en la sucesión intestada*, en RGLJ, 112 (1908), 1940; LANGLE, *El usufructo viudal ante la Ley española*, en RGLJ, 113 (1908), 42; URÍAS y MORÁN-LAVANDERA, *La cuota viudal en el Código civil español*. Tesis doctoral. Madrid, 1914; BERLÍN, *La viudedad foral*, en RGLJ, 128 (1916), 483; *Legítima del cónyuge viudo: pleno dominio y nuda propiedad*, Consulta a la RDP, 3 (1916), 73; GUTIÉRREZ DE CELIS, *Derechos hereditarios del cónyuge viudo*, Madrid, 1917; CASTÁN, *La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales, cit.*; CARRASCO ALVAREZ, *Responsabilidad del cónyuge viudo usufructuario*, en RDP, 5 (1918), 265; MARTÍ MIRALLES, *Principios de Derecho sucesorio aplicados a fórmulas de usufructo viudal y herencia vitalicia*, en RJC, 26 (1920), 357, y 30 (1924), 19, 100, 187, 264, 365 y 465; *Contratos sobre cuota viudal. Legados específicos de cosa ganancial a favor del cónyuge viudo. Rescisión y resarcimiento en las particiones. Legados píos genéricos. Responsabilidades de albaceas. Notarios y Registradores*, Consulta a la RGLJ, 148 (1926), 129; *Vecindad civil. Viudedad foral*, Consulta a la RGLJ, 149 (1926), 566; *La acción "expletoria" por cuota viudal*, Consulta a la RGLJ, 149 (1926), 413; CAMPOS PORRATA, *La cuota usufructuaria del cónyuge viudo y la inscripción del derecho hereditario*, en RCDI, 9 (1933), 913; GONZÁLEZ PALOMINO, *El usufructo universal del viudo y de los herederos forzosos*, en RDP, 23 (1936), 164; PASCUAL LACAL, *Herederos legitimarios*, en RCDI, 21 (1945), 723; BORRELL SOLER, *Protección a la viuda en los regímenes españoles, cit.*, pág. 14; FUENMAYOR, *Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legítima*, en RGLJ, 183 (1946), 43; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La cuota viudal*

considerar al cónyuge como heredero, sucesor necesario (119), a hacerlo pasar por legatario (120), acreedor alimenticio (121), o bien considerarlo como sucesor legitimario, o ver en él una figura *sui generis*—la panacea de la dogmática acomodaticia y falta de recursos—, hasta hacerlo «hombre-miembro» o «cónyuge enmarcado en el estatuto» (122), muestran el gran desacuerdo y desorientación a que indujo el falso punto de partida de nuestro Código (123).

En el fondo, la cuestión es sencilla si consideramos el genuino carácter del usufructo, no como un derecho real, patrimonial, *stricto sensu*, sino como una fórmula apta para mantener una relación económica dentro del orden familiar, más relevante y al cual sirve. Entonces observaremos cómo la naturaleza jurídica del cónyuge viudo es la de un mero usufructuario, sea legatario o legitimario de usufructo, el cual encierra ciertas cualidades específicas. Ahora bien: con la triple fórmula adoptada por el artículo 838, el cónyuge viudo puede ser cualquier cosa menos lo que tiene que ser: un verdadero usufructuario. No es extraño, pues, el desconcierto producido y la multiplicidad de opiniones en su torno.

Además, la solución adoptada por el Código civil es igualmente perturbadora desde el aspecto económico propiamente considerado. La escisión del patrimonio común lleva a una división atomizada de la propiedad, innecesaria, en una primera etapa de la familia (hasta la mayor edad de los hijos), e imprudente, posteriormente (hasta la muerte del cónyuge sobreviviente). No es cierto que el régimen de disfrute en común sea un obstáculo para las generaciones jóvenes y activas y que sus posibilidades queden reducidas a los bienes muebles. Siempre el cónyuge podrá oír

y su reglo fija, en RGLJ, 183 (1946), 574; OLIVAR DAIDI, *El derecho que corresponde a la viuda disuelto el matrimonio*, en RJC, 51 (1947), 67; ROBLEDO, *Legítima del cónyuge viudo*, en RCDI, 235 (1947), 736; SALAS MARTÍNEZ, *El usufructo viudal universal en el Derecho civil común español*, en RCDI, 28 (1947), 481; CARDONA GIRAL, *La adquisición onerosa del usufructo vitalicio y la sociedad de gananciales*, en *La Notaría*, 3-4 (1948), 325; GÓMEZ MORÁN, *El usufructo viudal en el Código civil*, en RGLJ, 187 (1949), 305; FUENTES TORRE ISUNZA, *El usufructo viudal universal*, en RGLJ, 190 (1951), 694.

(119) OSSORIO MORALES, *El legado de parte alicuota. Estudios de Derecho privado*. Barcelona, 1942, pág. 127.

(120) PORPETA CLÉRIGO, *Naturaleza jurídica de la legítima*, en *Estudios de Derecho sucesorio*. Barcelona, 1946, pág. 193.

(121) MUCIUS SCAEVOLE, *op. cit.*, XIV, 392.

(122) RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *La naturaleza jurídica de la institución del cónyuge supérstite en el Derecho español*, en RGLJ, 187 (1949), 269.

(123) Véase también: IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, *Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo*, en RGLJ, 188 (1950), 264. Sobre el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: CASTÁN, en *Notas a VENEZIAN, op. cit.*, I, 506, n. a. y RODRÍGUEZ-ARIAS, *op. cit.*, página 298; además, la S. 30 junio 1950, que le atribuye la naturaleza de «heredero forzoso».

las atenciones de aquéllos y tener un límite con objeto de obtener, debido a sus cualidades de mayor experiencia y cautela, mejores probabilidades de éxito en caso de administración de los bienes de los menores y en la dirección de los bienes de los mayores (124).

La falta de preceptos más concretos en el sistema legitimario español, por lo que al sector agrario se refiere, agudiza más el problema del usufructo legal. En regiones como Galicia, donde el Poder central echó a un lado su jurisprudencia, no ha de tardar muchos años en ver atomizado su campo. Ya se observa hoy cómo en determinadas provincias (Orense y Pontevedra especialmente) hay un elevado tanto por ciento de fincas que no tienen más de veinte o treinta metros cuadrados, y otro elevado tanto por ciento en que no llegan los patrimonios a más de una o dos hectáreas como máximo. Las que exceden de esa cuantía son las menos y provienen de los restos de viejos solares nobles, en los cuales, manteniéndose aún el espíritu y tesón de la «Casa» y de la familia, ejercen una influencia benefactora y de progreso en el ambiente rural (125).

Para esquivar los rigorismos del Derecho positivo, hoy es frecuente, como solución indirecta, en la práctica notarial, el recurrir a fórmulas por las cuales se logre una mayor unidad en la sucesión del patrimonio sin causar detrimento en las legítimas. De tal modo, los Notarios, la mayor parte de las veces, aconsejan el empleo de la institución del usufructo universal (126), a través

(124) En contra: SOLDEVILA, en una Conferencia pronunciada en la Academia de Jurisprudencia en Barcelona (curso 1912-1913), según refiere BORRELL SOLER, *op. cit.*, pág. 18; también ROCA SASTRE, *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el derecho sucesorio*, en *AAMN*, I (1945), 369, al referirse a la familia urbana, no troncal.

(125) No es éste el momento de abordar el tema y de intentar resucitar viejos sistemas sociales. Ahora bien, hay que hacer ver que si con el latifundio se llega a una tiranía de clase, con el minifundio también se logra la depauperación y la pobreza. El lograr ciertos patrimonios fuertes y bien dotados son un elemento nivelador en el campo; además son un buen ejemplo por su rendimiento económico, así por el espíritu de emulación que logran. No otra es la idea moderna al intentar construir el patrimonio familiar inembargable.

(126) Así: CONDOMINES VALLS, *Formas nuevas de sucesión en la vida jurídica moderna*, en *Estudios de Derecho sucesorio*. Barcelona, 1946, pág. 144; ROCA SASTRE, *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio*, *cit.* pág. 370; GONZÁLEZ PALOMINO, *El usufructo universal del viudo y de los herederos forzosos*, *cit.* pág. 164, y *El acrecimiento en la mejora*, en *AAMN*, II (1946), 553; LÓPEZ DE VIVIGO, *Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo*, *cit.* pág. 264; FUENMAYOR, *Usufructo universal en favor del cónyuge viudo*. *Derecho foral en Galicia*, *cit.* página 265; FUENTES TORRE-ISUNZA, *El usufructo viudal universal*, *cit.* pág. 694. Niegan la posibilidad de su constitución: PORPETA, *Naturaleza jurídica de la legítima*, *cit.* pág. 195; SALAS MARTÍNEZ, *El usufructo viudal universal en el Derecho civil común español*, *cit.* pág. 481. Como una figura *sui generis* de administración de herencia: GITRAMA, *La administración de la herencia en el Derecho español*. Madrid, 1950, pág. 73; RODRÍGUEZ-ARIAS, *La naturaleza jurídica de la institución del cónyuge superviviente*, *cit.* pág. 328, cree que no se hace preciso recurrir a la figura del usufructo universal del viudo, al objeto

de la legítima larga o bien por medio de la cautela Soccini, que obvia los obstáculos de la anterior (127). Las ventajas son muchas: la ancianidad no queda desamparada moral y físicamente y la familia logra su cohesión necesaria. Es, pues, urgente que el arbitrio judicial tome en cuenta todas estas consideraciones para llegar a una solución que por encima de los intereses particulares estén siempre los de la familia.

b) *Reacción comunitaria actual.*

La influencia universal del *Code Napoléon* en su adversión a la comunidad tuvo un reflejo, según vimos, en nuestro Código civil. La partición se hizo el modo declarativo de conseguir una propiedad exclusiva de los bienes indivisos. La regla, procedente de la jurisprudencia francesa del siglo xvii, se proponía dividir las titularidades comunales de los derechos feudales.

Pero las situaciones de comunidad, cada vez más frecuentes en la vida moderna, pronto denotaron la insuficiencia de los preceptos codificados. El Código francés resultaba precario con su único artículo 664 en el capítulo de las servidumbres establecidas por la ley. La laguna tuvo que ser suplida por la Ley de 28 de junio de 1938 (modificada y complementada por las Leyes de 29 de noviembre de 1939 y 3 de febrero de 1943), que reglamentaba la copropiedad, tanto de las sociedades constructoras como de los copropietarios de inmuebles.

El resto de los Códigos, tanto europeos como americanos, siguieron una línea ascendente. El Código civil italiano de 1865 fué el primero en reglamentar la comunidad con mayor detalle. Sus reglas son más amplias en el Código de 1942 (arts. 1.100-1.139). La misma tendencia fué seguida por el Código civil portugués, donde se dedica un título a la regulación «de la propiedad singular y de la propiedad común» (arts. 2.175-2.186). El Código civil español casi sigue las normas del italiano, y lo mismo la Ley búlgara de 27 de enero de 1904 sobre los bienes, la propiedad y las servidumbres (arts. 54-63).

La reglamentación del Código civil argentino es más detallada (arts. 2.707-2.789), aunque en el fondo sigue al Derecho francés e italiano. También se encuentran disposiciones análogas sobre comunidad en los Códigos venezolano (arts. 759-770) y mejicano (arts. 938-979). El Código chileno considera la comunidad, por influencia de la doctrina de Pothier, como un cuasi contrato

de conservar a favor de éste su posición jerárquica dentro de la familia, en cuanto que el Código lo dispone expresamente (art. 154).

(127) Sobre la cautela sociniana: DONDERIS, *De la cautela gualdense o de Soccini*, en RGD. I (1944-45). 13; FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*. IV. *Cautela sociniana o gualdense*, en ADC. I I (1948). 65.

(art. 2.304) y se refiere tanto a las reglas de la sociedad (art. 2.305) como a las de partición de sucesiones (art. 2.313).

El legislador belga, por una Ley de 8 de julio de 1924, añade al título de la propiedad del Código de Napoleón un capítulo (III) titulado «De la copropiedad» (art. 577 bis del *Code*). Su inspiración parece estar basada en el Código italiano de 1865.

Igualmente se protege a la comunidad en los Códigos civiles alemán (tít. XV, sec. VII, del lib. II del BGB) y suizo (§ 650 del ZGB).

La legislación especial moderna trata también de encauzar y proteger instituciones de naturaleza indivisa (128). En el Derecho francés, por Ley de 12 de julio de 1909 (parcialmente modificada y complementada después), se reglamenta un modo particular de copropiedad: «le bien de famille». Igualmente es recogido por las leyes de los países americanos bajo el nombre de «homestead». Esta forma especial de copropiedad se adopta por los Códigos civiles de Brasil (arts. 70-73), Venezuela (arts. 632 y sigs.), Méjico (arts. 723 y sigs.), el Decreto portugués de 3 de julio de 1930, número 18.551, y en los artículos 167-176 del Código civil italiano de 1942.

En nuestra Patria, la Ley de Colonización Interior de 30 de agosto de 1907, en el artículo 6.º, preceptúa que será indivisible a perpetuidad, lo mismo en los actos *inter vivos* que para herencias, el lote adjudicado a cada concesionario, debiendo en todo caso traspasarse íntegro a una sola persona. La nota de indivisión se acepta en otras relaciones, tales como la Ley de 26 de octubre de 1939, que reforma el artículo 396 del Código civil en el sentido de distinguir el uso general de la copropiedad o comunidad de bienes sobre un edificio, perfectamente regulada con las prescripciones del Código, de la llamada «propiedad horizontal», caso típico de propiedad privada singular, unida al condominio indivisible sobre los elementos comunes para el debido aprovechamiento de cada una de sus partes.

Las situaciones de indivisión de ciertos bienes se ve recogida, también, en la legislación de Casas Baratas y Viviendas Protegidas (129).

(128) Sobre la historia de las instituciones de explotación indivisa: FUENMAYOR, *Derecho civil de Galicia*, cit. pág. 138, y la bibliografía allí cit.; FERNÁNDEZ CLÉRIGO, *El derecho de familia en la legislación comparada*, México, 1947, pág. 507.

(129) Según CONDOMINES VALLS, *Formas nuevas de sucesión en la vida jurídica moderna*, cit. pág. 183, el R. D. de 10 de octubre de 1924 debe estimarse vigente, puesto que la Ley de 19 de abril de 1939 sobre viviendas protegidas contiene, en su artículo 22, una cláusula derogatoria que sólo invalida la norma anterior cuando se oponga a lo dispuesto en esta Ley o al sentido fundamental de la misma. En él hallamos el siguiente texto que corresponde a su artículo 16: «La herencia de las casas baratas dedicadas exclusivamente a la vivienda de su dueño se regirá, a los efectos y durante el plazo y condiciones fijados en el artículo 10 de este Decreto, por las condiciones siguientes:

Con un criterio más amplio, la nueva legislación estatal, en uno de sus preceptos constitucionales, como es el Fuero del Trabajo, al considerar a la familia como célula primaria natural, fundamento de la sociedad, y para mayor garantía de su conservación, manifiesta que se reconocerá el patrimonio familiar inembargable. Concebido éste como una propiedad de la familia e institución trascendente en el tiempo, poseerá unas características de inalienabilidad e indivisibilidad que con la inembargabilidad garantizarán la no disolución del mismo.

Aunque esta declaración de principio no ha sido seguida por disposiciones complementarias que concreten y desarrollen la institución del patrimonio familiar, se activa hoy su realización a través de los órganos políticos existentes para que la organización del campo, principalmente, se fundamente sobre dichos patrimonios al objeto de lograr una mayor estabilidad en la estructura social agraria (130).

9. *El concepto del cusufructo y planteamiento del problema.*

El cusufructo es un tipo de comunidad. Como dice Manresa (131), consiste en aprovecharse varios individuos a un mismo tiempo de las utilidades de una sola cosa. La nota fundamental y distintiva de este disfrute es la simultaneidad, clave de toda la problemática, en lo que se refiere al aprovechamiento por los usufructuarios y su ejercicio conjunto. Así entendido, el cusufructo se distingue de otras figuras afines por la unidad en el objeto, al ser un solo usufructo y no varios usufructos independientes; además, por el uso y disfrute total, y no especialmente determinado, sobre una cosa ajena. De un aprovechamiento con estas características—concluye Manresa—surge una verdadera comunidad en el derecho de disfrute que, a semejanza de la copropiedad, pudiera

1.ª Se reservará al cónyuge sobreviviente no divorciado o divorciado, pero no culpable, el derecho de habitación de la casa mientras permanezca viudo, aunque el valor de aquélla exceda de la cuota viudal que le corresponda, con la obligación de alojar a los hijos y descendientes del causante menores de edad.

2.ª En defecto del cónyuge, se reservará aquel derecho a los hijos o descendientes del difunto, hasta que lleguen a la mayor edad. Del mismo beneficio disfrutarán aquéllos cuando se encuentren incapacitados de hecho, a juicio de la Junta Local, o de derecho, cuando se haya hecho la declaración que establece el artículo 213 del Código civil.

3.ª La propiedad de la casa, tanto en la sucesión testada como en la abintestato, cuando concurrieren varios coherederos, se adjudicará a aquellos que al percibir la herencia puedan acreditar la condición legal de beneficiario de la casa barata, con la obligación de abonar a los demás coherederos la cantidad que les corresponda.

(130) Véase la Ponencia XVIII a cargo de CARLOS DE HARO Y MORENO en la IV Asamblea Nacional de Hermandades.

(131) MANRESA. *op. cit.*, IV, 348.

llamarse cusufructo. Nuestros autores, pues, lo tratan comúnmente como una «especie de comunidad» (132).

Fundamentalmente, la doctrina distingue dos tipos de comunidad. La comunidad romana u ordinaria y la germana o también llamada «en mano común» (zur gesammte Hand). Ya que nuestro Código adopta la primera, es necesario movernos dentro de su cauce para examinar las soluciones aceptables para el cusufructo; pero sin olvidar que éste, dada la relevancia y personalidad de sus miembros, se acerca más a la comunidad de tipo germánico que a la romana, en la cual importa más la atribución o poder sobre el objeto concedido en disfrute.

En la comunidad ordinaria cada persona ostenta una titularidad general conforme con la naturaleza del derecho atribuido (133). La comunidad es un derecho conjunto en sus relaciones internas, aunque exclusivo en las externas, es decir, en sus relaciones con terceros (134). Entendida así la comunidad, aparece «como una manifestación particularizada de la cotitularidad—según García Granero (135)—, una especie dentro del género; siendo el condominio una ulterior concreción, aún más limitada, de la figura de la cotitularidad: la comunidad del derecho de propiedad».

Pero a pesar de la distinción entre comunidad y copropiedad que hacen los autores, al manifestarse el usufructo simultáneo bajo una forma comunitaria, y carecer de otros puntos de referencia, ordinariamente se le suelen asimilar las normas dictadas

(132) VALVERDE, *Tratado de Derecho civil* 4, II (1936), 422; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El concepto del Derecho real y el usufructo*, en *RCDI*, 65 (1930), 354; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, II (Madrid, 1948), 252; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral* 7, II (Madrid, 1950), 441; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, III-I (Madrid, 1950), 321.

(133) La comunidad ha constituido un eterno problema para la doctrina civilística. Según FRANCO CARUSI, *Osservazioni in tema di comunione ed efficacia dichiarativa della divisione*, en *RDC*, 46 (1948), 374, la incompatibilidad de la institución estriba en un error común metodológico, en el enfoque erróneo de la construcción dogmática; no se ha sabido encontrar el *ubi consistat* de la institución. Desde que COVIELLO, *La quota indivisa e il divieto di espropriazione forzata*, en *Giurisprudenza italiana*, IV (1903), 249, ha sentado el principio de que la comunidad es un fenómeno y no un nómeno, no se estudia como una categoría en sí, sino que viene referida en función de la división. La comunidad es un modo de aparecer, más que un modo de ser del Derecho.

(134) Obsérvese cómo desde el punto de vista procesal la unidad de acción protege al resto de los comuneros usufructuarios al ser ejercitada por cualquiera de ellos frente a terceros: CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho procesal*, trad. esp., I (Madrid, 1936), 387; NENCIONI, *L'intervento volontario litisconsorziale nel proceso civile*, Padova, 1935, págs. 23, 32, 72, 127 y 128; ZANZUCCHI, *Diritto procesuale civile*, I (Roma, 1947), 190; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, trad. esp., Barcelona, 1950, pág. 94. Sobre el principio de unanimidad para la *actio communi dividundo*: SS. 6 abril 1896, 27 octubre 1900, 30 mayo 1906, 5 junio 1918, 4 abril 1921, 18 diciembre 1933 y 9 julio 1940.

(135) GARCÍA GRANERO, *Cotitularidad y comunidad*, cit. pág. 154. Sobre los modos, totalmente distintos, de producirse la participación o intervención de los sujetos en un mismo derecho: GARCÍA GRANERO, *op. cit.*, pág. 145, y DE CASTRO, *Derecho civil en España* 2, Madrid, 1949, pág. 582.

para la copropiedad. Al trasplantar la institución al régimen de la copropiedad lo que se consigue es destruirla. El disfrute conjunto, base de ciertas relaciones, tiende a una rápida disolución, del mismo modo que el régimen del condominio; cuando en realidad lo que la institución persigue, en la mayoría de los casos, es mantener ese disfrute común, ya que es su fin principal. Esta tendencia individualista y patrimonial, que concibe la comunidad de bienes como una situación inestable, antieconómica y provisional, la somete, como vimos, a la más enérgica disolución. Se olvida—según afirma Pelayo Hore (136)—que comunidad y sociedad no son las dos hipótesis únicas de titularidad plural, sino los dos polos extremos de una gama riquísima de figuras jurídicas intermedias.

Se observa cómo el cusufructo, al ser una comunidad de disfrute, tiene una contextura jurídica distinta a la comunidad del derecho de propiedad o copropiedad con la cual se ha identificado. La naturaleza específica del cusufructo revela que no se mueve en un campo meramente patrimonial. La consideración de ciertos vínculos más fuertes y de mayor estima (de alcance moral, afectivo y social) implica que se superpongan al punto de vista económico que la relación también comprende. Olvidada hoy la auténtica función del usufructo se desnaturaliza y reduce exclusivamente a su contenido económico, patrimonial, que supone un mero acrecentamiento de capital desarraigado de los vínculos de afecto y fraternidad en los que tenía su fundamento. Al asentarse el cusufructo sobre una base utilitaria es natural que la comunidad resulte molesta y la liquidación de la misma sea la solución inmediata para tal concepción jurídica.

De aquí la necesidad de una revisión en el estudio del cusufructo donde se demuestre cómo la función entrelazante o familiar absorbe a la función económica, y cómo es impropia la identificación que se hace con el régimen de la copropiedad y la solución divisoria a que se llega, ya que su finalidad mantenedora tiende a reforzar o sustituir un vínculo que se ha escindido (generalmente por la muerte o desaparición de una de las personas). De este modo, el cusufructo mantiene y sustituye artificialmente la continuidad del estado de hecho anteriormente existente.

(136) PELAYO HORE, *La indivisión perpetua en el Código civil*, en *RDP*, 26 (1942), 458. También LACAL, *La prohibición de dividir la herencia en nuestro Derecho positivo*, en *RCDI*, 7 (1931), 578, advierte cómo la indivisión de la herencia coadyuva poderosamente a la realización de fines sociales de la mayor importancia, que el Notario ha de tener en cuenta cuando recoge las declaraciones de última voluntad, en pugna, a veces, con las prescripciones del Derecho positivo.

a) *La solución de los Derechos forales.*

La solución patrimonialista del Código civil en nada se parece a la viudedad de los Derechos forales. Estos derechos, más espontáneos, más humanos y también más auténticos, no eran producto de una fórmula transaccionista, como la legislada en el Código. El usufructo viudal cumple una función económica, y al mismo tiempo es el verdadero aglutinante o poder mantenedor frente a una posible disgregación moral y material de la familia.

El fin principal del usufructo foral, como muy bien manifestó Alonso Martínez (137), es impedir que la sociedad familiar se disuelva por la muerte de uno de los cónyuges, o lo que es lo mismo, asegurar la continuidad de la familia bajo el señorío y dirección del padre o madre que sobrevive, a cuya sombra crecen y se educan los huérfanos, manteniéndose la integridad de la casa merced a la comunidad de bienes.

La institución de la viudedad foral es un derecho familiar más que sucesorio, puesto que existe—como ha hecho notar también Giménez Arnáu (138)—, no para el supérstite, sino para la familia misma, para conservar su unidad patrimonial (*ut causalia eorum in bono statu conserventur*, dicen las Cortes de 1307) y para mantener la autoridad.

Además, el usufructo de viudedad, en tesis histórica—según afirma Castán (139)—, su sistema, es el que persiguieron, aunque nunca lograron ver realizado con igual perfección, todas las legislaciones históricas de la Península.

La insuficiencia de los límites impuestos por el Código civil a los deseos de los testadores es advertida por los notarios (140). Según vimos, concretamente para las disposiciones de usufructo universal y de la legítima del cónyuge viudo, tenía que recurrirse a vías indirectas, como la cláusula Soccini, al art. 820, núm. 3, o al art. 1.056. También ha señalado este aspecto de una manera concreta Vallet de Goytisolo (141), al dar a conocer los resultados de

(137) ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, cit., pág. 89, y ALVAREZ BUGALLAL confiaron en que la Ley de Bases recogería y generalizaría la institución.

(138) GIMÉNEZ ARNAÚ, *Extensión a la legislación castellana del usufructo viudal aragonés*, en *Primera Semana de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1942, página 36; LASALA LLANAS, *La viudedad aragonesa en el Derecho interregional*, en *Segunda Semana de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1943, pág. 171.

(139) CASTÁN, *La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las regiones forales*, en *RGLJ*, 126 (1915), 26; PORPETA, *op. cit.*, pág. 197, también observa cómo el usufructo viudal está muy arraigado en las concepciones populares de toda España.

(140) BELLVER CANO, *La viudedad universal en los territorios de Derecho común*, en *RGLJ*, 176 (1944), 676; FUENMAYOR, *Derecho civil de Galicia*, cit. página 265; cfr. nota 126 de este trabajo.

(141) VALLET DE GOYTISOLO, *Sucesión testada a favor del viudo en la Rioja*, en *Revista Berceo*, 4 (1949), 525; cfr. la noticia de JERÓNIMO LÓPEZ, en *ADC*, III-2 (1950), 407.

la encuesta promovida por la Sección Jurídica del Instituto de Estudios Riojanos. De todos modos, en esta comarca—señala—, en lugar de ofrendar al cónyuge viudo el usufructo universal, amenazando al hijo que no acepte tal disposición con la pérdida de la parte libre, se prefiere seguir un camino contrario. Se lega directamente al cónyuge supérstite el pleno dominio del tercio libre. Con ello, en primer lugar, se le posibilita la disposición *inter vivos* para caso de necesidad y, además, se le concede un nuevo resorte para mantener el poder familiar.

Desde el plano jurisprudencial también se reconoce el carácter específico del usufructo foral frente al implantado por el Código civil. La Resolución de 17 de noviembre de 1916—a propósito del Derecho aragonés—manifiesta cómo este usufructo tiende a normalizar la marcha de la familia interrumpida por el fallecimiento de su jefe, confiriendo al cónyuge supérstite facultades soberanas respecto a la percepción de frutos y rentas y a su aplicación a las necesidades comunes, al mismo tiempo que le señala bienes suficientes para llevar la vida y ocupar el rango que en el orden social le corresponda.

Es, pues, necesario conseguir una mayor flexibilidad en las disposiciones del Código civil, en cuanto a la legítima del cónyuge viudo, a semejanza de la de los derechos forales, en los que no priva tan sólo la consideración a su persona estrictamente, sino mucho más por la función que desempeña dentro de la familia.

10. *La indivisibilidad del cusufructo.*

Concebido el cusufructo como una relación en donde la obtención de frutos no importa tanto como la función del *usus*, se observa que la división produce un efecto negativo y destructor. El usufructo no supone únicamente un medio empleado por la técnica jurídica para cumplir una función económica, un rendimiento en frutos, sino que encierra algo más: ciertos vínculos afectivos en el uso de las cosas que logran al mismo tiempo la permanencia de un estado de hecho anterior.

Actualmente se olvida la importancia que en el usufructo tiene el *usus* para concretarla en el *fructus*, u obtención de una ganancia o incremento económico. Es decir, que cuando un causahabiente deja en usufructo su patrimonio o unas fincas a su viuda e hijos, el legislador moderno cree tan sólo que el testador pensó en otorgar a su mujer y descendencia una suma patrimonial que se obtiene mediante el reparto de los bienes o de una porción equivalente en dinero, por efecto de la división de la misma. La reducción a dinero puede ser que cumpla el objeto señalado al *fructus*, pero, ¿en cuanto al *usus*? El uso, como parte integrante del usufructo, es indivisible y supone el empleo y posesión de la cosa misma. Sin embargo, vemos se prescinde de él y se elimina su objeto y fi-

nalidad; de tal modo, que si la finca en usufructo era de recreo y el padre pensó que todos gozasen de su belleza y situación, el usufructo así otorgado no cumplirá la finalidad deseada, pues el uso que de ella pudieran hacer todos conjuntamente se vería destruido por el ejercicio de una facultad divisoria que anula los efectos de tal disposición (142).

El criterio de la divisibilidad resulta así insuficiente para el usufructo. Cuando el fundamento de una institución se basa en un aprovechamiento conjunto y responde a una necesidad imperativa, por la cual ha surgido, es necesario mantener ese estado en común. La división no puede imponerse sobre aquellas cosas que cumplen su cometido en tal estado; de lo contrario, perderían su valor y no cumplirían la misión a que vienen destinadas. Hay que concluir como necesario, pues, el mantenimiento del disfrute conjunto en el cousufructo, o sea su indivisibilidad (143).

Desde un aspecto legal, por lo que al cousufructo voluntario respecta, para mantener ese estado de indivisión y no caer en la división inmediata que el art. 400 concede a los comuneros, se puede aplicar, por analogía, el principio recogido para la copropiedad en el art. 401, según el cual «los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común cuando al hacerla resulte inservible para el uso a que se destina» (144). Aparte de la solución pecuniaria que el art. 404 establece cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, aquí el principio tiene vigencia en cuanto al fin conjunto que la cosa ha de cumplir (145).

En general, el problema de la división del cousufructo presenta dos aspectos: la división material o regulación interna entre los cousufructuarios, para la obtención del beneficio (administración

(142) DALMASES, *op. cit.*, pág. 40, observa como el goce del usufructuario no se agota percibiendo los frutos o réditos de la cosa: hay además del fruto, la ventaja del uso. Como muy bien manifiesta el § 100 del B. G. B., «utilidades son los frutos de una cosa o de un derecho, así como las ventajas de la tenencia de la cosa o el empleo del derecho proporcionan». Aunque nuestro Código civil, al hablar de los derechos del usufructuario, no se ocupe más que de los frutos, le corresponden también estas ventajas que, mediante la posesión se derivan del usufructo. Al dueño sólo le corresponde el estricto derecho de disposición tal como lo expresa el artículo 498 del Código civil.

(143) El usufructo ha de ser considerado indiviso entre los beneficiarios: DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, IV (Bruxelles, 1942), 182; sobre la indivisibilidad del uso: DE MARTINO, *op. cit.*, pág. 133, y BARASSI, *I diritti reali limitati*, *cit.*, págs. 82 y sigs.

(144) Que esta norma supone una excepción al principio general de división del artículo 400, cfr. CASADO PALLARÉS, *La acción «communis dividundo» y la propiedad sobre pisos y habitaciones*, en *RDP*, 18 (1930), 136.

(145) También lo observa en este sentido COVIAN, *División de bienes*, en *Enciclopedia Jurídica Española*, XII, 380, donde afirma que el estado coactivo de la indivisión se impone como consecuencia forzosa de la naturaleza de la cosa común y que no procederá el medio de practicar la división que establece el art. 404 en los casos de necesidad de conservar la cosa común para el uso a que esté destinada.

del usufructo), y la división o escisión del derecho como término final de cusufructo.

Por lo tanto, cabe la división material de la cosa, en proporción a la cuota, en lo que se refiere a los frutos (parte divisible), y a la distribución del ejercicio del uso entre los cusufructuarios (parte indivisible).

La cuota es el derecho específico del cusufructuario que significa la cuantía del aprovechamiento. En su sentido más general, según Bonelli (146), la cuota es la relación de partición de cada uno en la comunidad. El primer problema que se plantea, según este autor, es el de la naturaleza de la cuota; si es o no un derecho, si es un derecho real o personal, o si es una propiedad. Diferencia la comunidad de tipo romano y la germánica, en las que se caracterizan, ya porque en la primera se presenta frente a terceros, como una pluralidad, y la segunda, como una unidad (pluralidad unificada).

En la doctrina alemana se concibe la cuota, bien como un derecho personal de participación corporativa (147), bien como una posición jurídica, no un derecho en sí, sino un elemento (148), o bien es un medio de satisfacer los intereses económicos de los socios (149).

La doctrina tradicional italiana considera cotitulares del derecho sobre la cosa común los condóminos *uti singuli*, y concibe la cuota del condómino particular como el derecho sobre una fracción abstracta de la cosa común (150). La teoría moderna, nos dice este autor, parte, por el contrario, del principio de que la cuota no representa ya el objeto del derecho correspondiente a cada condómino, sino la razón o porción según la cual las utilidades o cargas de la cosa van a favor o cargo de los partícipes. El derecho de cada uno se refiere y afecta a la cosa toda, no sólo a una fracción de la misma; cada uno tiene un derecho cualitativamente igual a los demás, puesto que cada uno es propietario, y sólo difieren cuantitativamente cuando resulte diversa la proporción en que cada uno concurre (151).

(146) BONELLI, *Comunione e quota*, en RDC, 21 (1923), 9.

(147) SANGER, *Gemeinschaft und Rechtsteilung*, 1913, pág. 109, cit. por BONELLI.

(148) ENGLANDER, *Die regelmässige Rechtsgemeinschaft*, I (1914), 32, cit. por BONELLI.

(149) SCHENELL, *Die Quotenfrage bei der offenen Handelsgesellschaft*, 1913, página 16, cit. por BONELLI.

(150) DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp., I (Madrid, 1929), página 570.

(151) Una exposición completa de las diversas teorías la hacen: GUIDI, *Il dominio nel nuovo Codice Civile*, Milano, 1942; DOSSETT, *Teoria della comunione*, Padova, 1948, pág. 70, núm. 28, concibe la cuota desde un punto de vista formal, como medida, proporción, límite de las susodichas relaciones de los participantes, y desde un punto de vista sustancial, como el complejo de las relaciones referentes a cada uno de los copartícipes; FRANCO CARUSI, *Osserva-*

La idea de cuota en el cousufructo parece una contradicción, puesto que si el disfrute ha de ser conjunto, y éste indica una parte, aquel desaparece. Pero la cuota—como observa Bonelli (152)—es la parte que se tiene antes de la división, el modo con el cual cada uno participa en la relación de pertenencia común. Los autores alemanes hablan de cuota (Anteil) en sentido general, como participación; y cuota (Bruchteil), como fracción numérica, la medida de participación. Para realizar esta medida se necesita que el objeto al cual se aplica sea de naturaleza divisible, aunque actualmente esté indiviso. Más claramente—según Barassi (153)—, la indivisibilidad debe ser examinada, no desde el punto de vista de la cosa, pero sí de la relación jurídica, ésto es, de su contenido. Así el usufructo es divisible, pudiendo varios cousufructuarios dividirse el usufructo por cuotas; y se entiende que todo el derecho está dividido. A cualquier cousufructuario le corresponde sobre toda la cosa un derecho de usufructo, aunque limitado a su cuota.

La cuota de participación en el cousufructo hace referencia, por un lado, a la parte material de frutos que se han de percibir (cantidad), la cual es el exponente de participación (disfrutar *pro parte*), y por otro, a la facultad de poder usar, en cuanto no estorbe el ejercicio de los demás cotitulares, ya que no podemos usar una parte, sino del todo.

En cuanto al *fructus*, se impone un criterio de proporcionalidad. Rige el principio general de que cada copartícipe adquiere la propiedad de los frutos naturales mediante la separación y proporcionalmente a su cuota. Nada obsta, en el usufructo voluntariamente pactado, para que cada copartícipe pueda adquirir más o menos de lo que le corresponda, según su cuota. Para la obtención del beneficio correspondiente, la doctrina da diversas soluciones. Las más importantes son las siguientes: Primera, atribuir porciones determinadas de la cosa; segunda, excluir a ciertos partícipes del disfrute, satisfaciéndoles en dinero, y que el resto obtenga el disfrute total de la cosa; tercera, la posible asignación de cuotas desproporcionales; cuarta, enajenación del usufructo a favor de uno, indemnizando a los demás; quinta, enajenación de la cosa a un extraño y reparto del precio entre todos los cotitulares.

Nuestro Código civil aplica, según vimos (154), soluciones divisorias igualmente convertibles en dinero (artículos 400-406 y 1.051-1.067), que resultan inaplicables al régimen del cousufructo.

sioni in tema di comunione ed efficacia dichiarativa della divisione, cit., pág. 390, concibe la cuota como un *status*, o sea la cualidad de componente de la *universitas* y al mismo tiempo una medida proporcional de valor, una razón.

(152) BONELLI, *op. cit.*, pág. 9.

(153) BARASSI, *I diritti reali limitati, cit.*, pág. 86.

(154) Véase lo dicho en el núm. 8.

El mantenimiento del disfrute conjunto es la base sobre la que se fundamenta; por lo tanto, en el familiar viene determinado y subordinado al razonable uso que padre e hijos ejerzan, y en el voluntario, al que los coparticipes establezcan equitativamente con arreglo al principio general de interlimitación.

a) *Opción del heredero ante el usufructo inoficioso.*

Una muestra, bastante apreciable, de la naturaleza indivisible del usufructo es el problema que se refiere a la reducción.

Cuando una atribución patrimonial se realiza con exceso y se lesionan derechos legítimos, se produce la reducción. El principio *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis* opera aquí como fundamento de la institución. La reducción alcanza así tanto a las disposiciones *inter vivos* como *mortis causa* que excedan de la cuota disponible y que perjudiquen la legítima de los herederos forzosos.

El otorgamiento de un legado de usufructo, cuando ha rebasado la cuantía de la parte disponible, plantea la cuestión de saber el valor del mismo para reclamar o no su inoficiosidad. A este respecto, el Código civil regula dicho caso en materia de reducción de la legítima. El art. 820, núm. 3, se hace cargo del supuesto, aunque con un trato diferente por lo que respecta al usufructo. No se aplica aquí la reducción lo mismo que para el resto de las disposiciones (donaciones, mandas, etc.), que conculcan las legítimas.

En este caso parece que la norma, con un carácter claramente específico (155), intuye las dificultades y el carácter indivisible del usufructo (como gravamen impuesto sobre la propiedad) al establecer en el art. 820, núm. 3, en vez de una reducción del mismo, una facultad de opción a los herederos forzosos, por lo cual, o cumplen la disposición testamentaria o bien entregan al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador.

La reducción, pues, aquí no opera, porque no cabe otra posible solución que la de aceptar el usufructo tal como ha sido legado, aunque haya exceso, o ver desplazada y adquirida la propiedad del tercio de libre disposición de la herencia por el usufructuario.

El precepto, que discrepa del modelo napoleónico (156), fue por primera vez establecido en el art. 649 del proyecto de 1851.

(155): Así lo nota también MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, XVI, 467.

(156) El art. 917 del *Code* señala otro rumbo al manifestar que: «La parte de los legatarios que reciben anualidades o un usufructo, se capitalizará, para poder hacer las reducciones»: cfr. VAN AREMBERGH, *Traité de Usufruit*. Bruxelles, 1936, núm. 168; DALLOZ, *Nouveau Répertoire de Droit*, III (Paris, 1949), 691, y especialmente los números 123-125. Por el contrario, concuerda con el Código civil italiano de 1865 (art. 810) y 550 del novísimo.

García Goyena (157) manifiesta que el sistema adoptado por el proyecto de Código es más sencillo; observa cómo los legatarios del usufructo o de la renta no pueden quejarse, pues se les da todo aquello de que pudo disponer el testador: los herederos forzosos tampoco pueden quejarse, pues son libres de ejecutar la disposición si creen que no es inoficiosa y excesiva, o reemplazarla, cediendo la parte disponible, si creen lo contrario.

Ahora bien, la mayor parte de la doctrina considera que el derecho de opción aquí impuesto es en favor de los herederos forzosos. Por el contrario, creemos, con González Palomino (158), que la voluntad del testador es preferente a la de aquéllos (véase el art. 1.056), aunque aparentemente se deduzca lo contrario. No se trata de dejar la eficacia del usufructo establecido a la determinación de los legitimarios: lo que se plantea es un problema de valor, y, por lo tanto, no es aquí el derecho de opción de los herederos el relevante, sino la voluntad del testador la que opera como decisiva, puesto que la opción tan sólo tiene lugar en el caso de que el valor del usufructo sea superior a la parte disponible. «De otra forma—concluye—no habría tal opción, sino una simple reducción del exceso.»

Frente a la reducción, observamos cómo esta facultad de opción, que impone el párrafo tercero del art. 820, favorece el estado de indivisión que se crea por el *de cuius* en su patrimonio mediante la concesión del usufructo. En la práctica es un cauce magnífico sobre el que los testadores pueden ver satisfechos sus deseos de que no se disgregue su patrimonio y de que el otro cónyuge no quede desamparado. El usufructo universal encuentra aquí una perfecta justificación legal, pues en el caso de que el valor del mismo exceda del tercio de libre disposición, tan sólo operará la facultad optatoria de los herederos, o para entregar la parte libre o, por el contrario, para aceptarlo tal como lo dispuso el testador (159).

b) *El acrecimiento en el cusufructo.*

Consecuencia natural de la indivisibilidad del cusufructo es el acrecimiento a acrecentamiento que se produce en favor del resto de sus titulares al quedar una porción del mismo vacante por muerte, renuncia o incapacidad (u otra causa cualquiera) de los demás cusufructuarios.

(157) GARCÍA GOYENA. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. III (Madrid, 1852), 99.

(158) GONZÁLEZ PALOMINO. *Usufructo universal del viudo y de los herederos forzosos*, cit., pág. 161.

(159) En Galicia, como observa FUENMAYOR, *Derecho civil de Galicia*, cit., página 265, la práctica notarial acusa la tendencia para la efectividad del usufructo universal, cuando concurre el viudo con descendientes, de ordenarlo como legado por los cauces del art. 820, núm. 3, del Código civil.

Este es el aspecto de la comunidad de usufructo que preferentemente ha tratado la doctrina. En ella observamos dos direcciones:

1.ª Los que identifican este acrecimiento con el derecho de acrecer sucesorio (160).

2.ª Los que lo distinguen, particular y concretamente, del derecho de acrecer sucesorio, debido a la específica naturaleza (indivisible y personal) del usufructo (161).

En buena técnica jurídica—como advierte Roca Sastre (162)—, a este fenómeno no se le puede llamar derecho de acrecer, puesto que se trata de una comunidad consumada, o ya funcionando, sin que se dé supuesto alguno de llamamiento, vocación o delación. «Lo único que ocurre—analiza perfectamente este autor—es que, tratándose del usufructo conjunto, parece dar la ilusión de que se produce entonces el típico derecho de acrecer sucesorio, debido a que el usufructo es un derecho vitalicio, personalísimo y subjetivado, y que, como tal, la desaparición de un usufructuario (que provoca la extinción de su cuota) es cosa más frecuente, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de las otras comunidades, en las cuales la participación de cada comunero constituye un derecho de duración indefinida, transmisible a los herederos y, generalmente, plenamente negociable, pues se trata de cuotas no personalísimas, de modo que los comuneros van sustituyéndose indefinidamente, mientras dura la comunidad; sólo en caso de renun-

(160) POTHIER, *Traité des donations testamentaires*, cap. VI, secc. V, § 14; GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, I, 387, y II, 211; ROUGIN, *Traité de Droit civil comparé les successions*, IV, núm. 1693; BORGES CARNEIRO, *Direito civil de Portugal*, libro II, tit. VIII, § 4.º, núm. 24, y LIZ TEIXEIRA, *Curso de direito civil portuques*, parte II, divisao 2.ª tit. XIII, § 6.º, pág. 264, cit. por MARTINS DE CARVALHO, *O chamado direito de acrecer por morte de um dos co usufrutuários vivos ao tempo da constituição do usufruto*, en *O Direito (Revista de Jurisprudencia)*, 10 (1942), 290, lo trata como una especie del derecho de acrecer. Para BORTOLAN, *Del diritto di accrescere*, Roma, 1913, pág. 357, tiene lugar en el usufructo debido a que el derecho se renueva incesantemente, día a día; su titular es objeto de una vocación sucesoria ininterrumpida, *cf.* supra, núm. 5 y nota 53.

(161) CUJAS, *Ad titulum de contraendo emptione*, en *Operum*, VII (Neapoli, 1758), 721, reafirma que en el campo contractual es extraño el derecho de acrecer; COMAS, *La revisión del Código civil*, V (Madrid, 1902), 309 y 429; VENEZIAN, *op. cit.*, I, 344 y sig. Según FERRARA SANTAMARÍA, *Usufrutto congruativo convenzionale*, en *Rivista de Diritto Privato*, 8, 2.º (1938), 231, y ANGELO SENIN, *Il diritto d'accrecimento contrattuale*, en *Rivista de Diritto Civile*, I (1938) 222, el derecho de acrecer contractual es distinto del derecho de acrecer sucesorio, puesto que se basa en la libre voluntad de las partes. Para estos autores, en los actos *inter vivos* a título gratuito o a título oneroso, es nulo el pacto por el cual se establece el acrecimiento entre los usufructuarios aisladamente, sin contar con el propietario. GALVAO TELES, *Direito de representação vulgar e direito de acrecer*, Lisboa, 1943, pág. 294, cree que se trata de una forma de vocación indirecta (sustitución vulgar presumida). GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios de arte menor de derecho sucesorio. II, El acrecimiento en la mejora*, en AAMN, 2 (1946), 556; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado. El llamado derecho de acrecer. II* (Madrid, 1948), 252.

(162) ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 253.

cia o abandono de cuota cabe hablar de acrecimiento, y de ahí el Código civil no aluda al acrecimiento en caso de comunidad en general. Todo esto añadido a que la vacante de cuota en el usufructo en comunidad (que es lo que provoca el acrecimiento) se produce general y necesariamente con la muerte de un partícipe en el usufructo (sería casual la muerte de todos los usufructuarios), lo que da la ilusión de que se produce el acrecimiento por premoriencia, típico de la sucesión testamentaria. No obstante—concluye—, hay entonces acrecimiento o incrementación, que es la propia de la comunidad en marcha, pero no hay un verdadero derecho de acrecer».

Indudablemente, creemos que no se trata aquí de un derecho de acrecer—según observa Comas (163)—, sino de un efecto idéntico o pseudo-acrecremento—al parecer de González Palomino (164)—, que responde a la propia naturaleza extintiva del usufructo o, también, como advierte Venezian (165), se trata de un derecho de no-decrecer.

A cinco modalidades, fundamentalmente, hay que referirse en las legislaciones modernas en cuanto al establecimiento de este efecto especial del acrecimiento en el cusufructo (166):

1.ª La que regula diferentemente el derecho de acrecer, según sea instituido por acto *inter vivos* o *mortis causa* (arts. 740 y 1.716 del Código civil brasileño).

2.ª Las legislaciones que, de acuerdo con la tradición romana, establecen que en las disposiciones de cusufructo por disposiciones de última voluntad, salvo cláusula de testamento en contrario, haya derecho de acrecer de parte de uno de los cusufructuarios que falte en favor de los cusufructuarios restantes (artículo 885 del Código civil italiano de 1865 y art. 678 del actual; artículo 819 del Proyecto de Código civil español de 1851 y artículo 1.154 del Código civil chileno).

3.ª Los Códigos que regulan el acrecimiento, tanto en el caso de que sea establecido por acto *inter vivos*, como por acto de última voluntad (art. 521 del Código civil español y art. 2.250 del Código civil portugués).

4.ª Las legislaciones que establecen que, salvo cláusula del testamento en contrario, no haya llamado derecho de acrecer de la parte en uno de los cusufructuarios que falta en favor de los cusufructuarios restantes (arts. 2.821 y 2.823 del Código civil argentino).

5.ª Por último, otras legislaciones regulan en general el derecho de acrecer en las disposiciones de última voluntad, pero sin

(163) COMAS, *op. cit.*, pág. 309.

(164) GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio*, *cit.*, pág. 557.

(165) VENEZIAN, *op. cit.*, I, 329; CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, pág. 360.

(166) Cfr. MARTINS CARVALHO, *op. cit.*, pág. 290.

referencia especial al caso del usufructo conjunto, de modo que, según el tenor respectivo de esas disposiciones (arts. 1.044 y 1.045 del Código civil francés), o bien no se admite en los casos de usufructo conjunto (167), o bien se reconoce para los colegatarios y su posible extensión a los cusufructuarios (168).

Nuestro Código civil dispone en el art. 521 que «el usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de la constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere».

El Código proclama el acrecimiento de un modo general sin concretar—como hacía el Proyecto de 1851—dicho efecto tan sólo a los efectos *mortis causa*, en donde la presunción de voluntad a este efecto era el fundamento del mismo. En este último caso. «si el título constitutivo es de carácter sucesorio, ya sea universal, ya meramente singular, el que podría llamarse derecho de acrecer entre los cusufructuarios—dice Comas (169), se determinará conforme a las disposiciones que regulan las sucesiones y tendrá, por lo tanto, como corresponde al derecho de acrecer, la consideración de un verdadero 'derecho de esta clase». Ahora bien, el supuesto cambia cuando el usufructo es constituido por acto *inter vivos*; se presenta el conflicto entre los llamados al usufructo y el nudo propietario, sobre si cedería en favor de éste o aumentaría al resto la parte de aquellos llamados que hubieran fallecido antes de poderse hacer efectivo el usufructo. Pero, como muy bien dice el autor citado (170), «resulta claramente que la eficacia del usufructo y su subsistencia, no obstante el fallecimiento» (aquí podemos añadir cualquiera otra causa) «de alguna de las personas en cuyo favor lo sea, implica forzosamente la integridad del usufructo entre aquellas que sobrevivan (que sería el efecto del llamado derecho de acrecer), ya que ni al nudo propietario puede corresponder consolidación alguna de parte del usufructo mientras, éste debe subsistir legalmente, ni tampoco puede corresponder a los herederos del usufructuario por el carácter esencialmente personal del mencionado derecho» (171).

Es, pues, la indivisibilidad del cusufructo la que impide que

(167) En este sentido, la doctrina y jurisprudencia francesa: AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, II (París, 1935), 680, núm. 2; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., VIII (Madrid, 1928), 118; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, trad. cast., V (Habana, 1946), 786; DALLOZ, *Codes annotés. Nouveau Code civil*, II, núm. 3 y sig.; igualmente sostienen que no puede aplicarse el derecho de acrecer, porque constituiría una excepción a la regla de que el acrecimiento subsigue a la caducidad de toda vocación: PROUDHON, MERLIN, TOULLIER, DEMOLOMBE, en contra: TROPLONG, MERCADER, cfr. VENEZAN, *op. cit.*, I, 345, núm. 1.

(168) § 2158 del B. G. B.; cfr. STROHAL, *Das deutsche Erbrecht. auf Grundlage des BGB.*, I (Berlín, 1901), § 20, núm. 27; ROUGIN, *Traité de Droit civil comparé*, IV (París, 1912), 57.

(169) COMAS, *op. cit.*, pág. 308.

(170) COMAS, *op. cit.*, pág. 310.

(171) Cfr. igualmente la sentencia de 25 de junio de 1943.

se pueda extinguir *pro parte* y consolidarse con la nuda propiedad (172). Si bien en cuanto a los consufructuarios, para su disfrute interno y con relación a la concreción de su cuota, se puede hablar del usufructo de la mitad, de la tercera o cuarta parte, ello no se puede decir del derecho de que son titulares. La cuota es la expresión de la medida del disfrute, según vimos, pero el derecho recae sobre todas las partículas de la cosa.

Prácticamente, el problema que se presenta es la determinación de cuando existe conjunción. Sobre ello, nos aclara el artículo 983, *a sensu contrario*, que «se entenderá hecha la designación por partes sólo en el caso de que el testador» (o constituyente, comprenderíamos) «haya determinado expresamente una cuota para cada heredero. La frase «por mitad o por partes iguales» u otras que, aunque designen parte alicuota, no fijan ésta numéricamente o por señales que hagan a cada uno dueño (usufructuario) de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer.

El Tribunal Supremo aclaró la cuestión y manifestó, en S. 29 de marzo de 1905, que «legándose por el testador el usufructo vitalicio de sus bienes por partes iguales a sus hermanas, pasando el pleno dominio en la misma proporción al fallecimiento de aquéllas a los hijos de las mismas, y ordenando a los albaceas que formasen dos lotes o partes iguales de los bienes que han de usufructuar las susodichas hermanas, se infiere racionalmente que la voluntad del testador fué la de que ambas o cualquiera de ellas que sobreviviera a la otra había de disfrutar el usufructo, y, consiguientemente, que sólo después de fallecer la última podía pasar el pleno dominio de la totalidad de los bienes a los hijos de éstos llamados por el testador, no constituyendo la separación de partes, sino una previsión del testador para el arreglo del usufructo total durante la vida de las dos hermanas» (173).

c) *La extinción del consufructo.*

Dada la naturaleza temporal del derecho de usufructo, la extinción viene a significar el término final en que cesan sus efectos.

Los modos generales de extinguirse el consufructo son los mismos señalados para el usufructo en la sección cuarta del capítulo primero, del título cuarto del Código civil (arts. 513-522).

Así, son causas de su extinción, basadas en el art. 513, las siguientes:

- a) La muerte de las personas beneficiarias del consufructo.
- b) La expiración del plazo por que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo.

(172) Cfr. *supra* nota 53.

(173) En el mismo sentido: Sentencias de 21 de mayo de 1910 y 9 de febrero de 1917.

- c) La reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona (consolidación).
- d) La renuncia de los cusufructuarios.
- e) La pérdida total de la cosa objeto del cusufructo.
- f) La resolución del derecho del constituyente.
- g) El no uso o prescripción.

El cusufructo en favor de las personas jurídicas no excederá de los treinta años y llegado dicho término se extinguirá (artículo 515); igualmente el constituido por un período fijo de años (artículo 516).

El cusufructo, en cuanto supone disfrute conjunto, se extingue también cuando la cosa usufructuada es expropiada por causa de utilidad pública. Los cusufructuarios tendrán derecho, tan sólo, a la indemnización que señala el art. 519.

El cusufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada; pero si el abuso infiriese considerable perjuicio al propietario, desaparece el disfrute directo (art. 520).

La causa fundamental de extinción del cusufructo es la disolución de la comunidad que, en realidad, como afirma Manresa (174), es noción jurídica distinta de la división material de la cosa, aunque ésta sea muchas veces el medio ordinario, no indispensable de llegar a tal fin.

El modo de efectuar la división entre los copartícipes que forman la comunidad viene señalado por la ley, aplicándose a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia (art. 406), las cuales (arts. 1.061 y 1.062) no permiten otra alternativa que la adjudicación a los interesados de parte de los bienes comunes (art. 402, n.º 2, y 838), o su venta con el reparto del precio (art. 404).

Estos medios de llegar a la división del cusufructo responden, según vimos, a un criterio marcadamente anticomunitario e individualista de nuestro Código civil. Si a ello unimos la función meramente económica o patrimonial que se atribuye al usufructo, es lógico que se desemboque en estas soluciones exclusivas y excluyentes (175). El reducir a metálico las cuotas de participación del usufructo era, en la mentalidad del legislador de entonces, el medio más apto para lograr la distribución perfecta. De los bienes entregados en nuda propiedad desaparecía la carga del usufructo y se seguía su completa libertad. En caso de desacuerdo, como prevé el art. 838, se acude al mandato judicial. Y es aquí donde queremos hacer hincapié e insistimos en que este estudio va dirigido y razonado preferentemente al Juez, para que prudentemente sepa no sólo resolver las pretensiones de los interesados,

(174) MANRESA, *op. cit.*, III, 514.

(175) La Res. 17 noviembre 1916 califica los derechos legítimos del conyuge viudo como un valor patrimonial e independiente, que aumenta o enriquece el activo del conyuge superviviente.

sino lograr la unidad y el fin trascendente de la familia mediante una adecuada solución en que no se atienda de un modo exclusivo a lo meramente económico.

Si el Juez o los Tribunales realizan esta labor, se pondrá dentro de la línea de conducta tradicional española, en la que la protección a la comunidad voluntaria y familiar ha tenido siempre una destacada preferencia y, por otra parte, salvarán la grave contradicción en que cae nuestro Código civil de desnaturalizar el derecho de usufructo al llevar a cabo la sustitución o conversión de un *uti frui* por una suma en dinero, como les sucede a los usufructuarios de bienes inmuebles (art. 495, n.º 3), a los de cosa expropiada por causa de utilidad pública (art. 519) y al cónyuge viudo (art. 838).

La injusticia que dichas reglas entrañan es patente debido a la inexactitud del sistema de capitalización. Si en el caso del usufructo voluntario se encuentran menos dificultades, debido a su régimen previamente pactado, otra cosa sucederá en los casos de usufructo legal, especialmente en el del cónyuge viudo, en donde no interesa tanto la percepción de una cantidad como el mantener una posición familiar y los vínculos afectivos creados por el matrimonio. Resulta casi imposible, por no decir absurdo, el que pueda estimarse el valor de afección sobre determinados bienes. Y desde un plano meramente económico, no sólo hay muchas dificultades, sino que, como advierte algún autor (176), el sistema adoptado por el Código en el art. 838 es defectuoso por su redacción y por la falta de reglas convenientes y necesarias para la resolución de todas las dudas (177).

Para la capitalización del usufructo, es frecuente recurrir a los módulos establecidos en las tablas y tarifas del impuesto de Derechos reales. De este modo, el art. 31 del Reglamento para la aplicación de la Ley de 7 de noviembre de 1947 dice en el párrafo 5.º que se aplicará la escala de herencias señalada en el número 33 de la Tarifa. Y para hallar el valor de los usufructos temporales se estimará el tanto por ciento del valor total de los bienes que, según su duración, se determina en la escala señalada en el art. 66 de dicho Reglamento.

Pero tal modo de capitalización fiscal del usufructo, como ha advertido perfectamente el Tribunal Supremo (178), si bien es un

(176) NICASIO LÓPEZ, *Tratado técnico legal del derecho de sucesión*, I (Madrid, 1916), 556.

(177) Véase cómo en la sentencia de 2 de abril de 1949 se produce la falta de acuerdo entre las partes en cuanto al modo en que dicha cuota debe ser satisfecha, ya siguiendo los criterios del art. 838 ó bien satisfaciendo la cuota viudal, adjudicándole la parte de la herencia en usufructo. Pero la sentencia se abstiene de decidir y crea nueva materia litigiosa.

(178) Sentencia 5 noviembre 1913; GONZÁLEZ PALOMINO, *El usufructo universal del viudo y de los herederos forzosos*, cit. 163.

criterio racional, que se funda en las valoraciones y bases de la legislación del referido impuesto, no es obligatorio.

Lo artificioso e inexacto de la atribución de un capital en efectivo, en compensación a la cuota en usufructo debida, se observa, igualmente, cuando concurren circunstancias anormales y se producen cambios de valor de la moneda. En uno y otro caso no es lo mismo entregar el uso y disfrute de una cosa o parte de la misma que su equivalente en dinero. En el usufructo es muy diferente liquidar a cada cual una porción o cuota, determinada con arreglo a la masa de bienes y a las circunstancias de edad, tiempo y lugar, que el disfrute de aquella cosa en conjunto. ¿Cuál es aquí el derecho común cuyo valor se liquida mediante la renta de conversión? El valor total del usufructo puede remediar mucho mejor (y de hecho así ocurre) las necesidades de la familia que la sola atribución de la parte alícuota correspondiente a aquel usufructo insuficiente, conforme a su anterior condición y estado.

Y lo que se dice de la comunidad familiar, hay que proclamarlo también para cualquier tipo de comunidad voluntaria, en donde no sólo el rendimiento económico del disfrute de la totalidad para cada comunero puede ser superior al de la porción independiente que le corresponda, sino también por el fin que pretenda en la idea o función que les impulsó a reunirse.

Con el criterio económico-patrimonial que sigue nuestro Código surge también el problema de la posible revisión o revisibilidad de tales participaciones de dinero dadas en liquidación de su usufructo.

De todos estos problemas y apreciaciones, se concluye la dificultad e inconvenientes que presenta la concepción económica y patrimonialista del usufructo en nuestro Código civil, así como su superficialidad y, por el contrario, las ventajas y justicia de la concepción genuina, familiar y entrelazante, en la que el usufructo cumple su misión y cometido.

Problemas de la sociedad civil

P. J. DE AZURZA Y OSCOZ

Notario

SUMARIO: I. Interés del tema; peculiaridades prácticas que la distinguen de la Mercantil.—II. Su diferenciación e individualidad respecto a la Mercantil.—1. Derecho comparado.—A) Ambito de la Sociedad civil.—A') Alemania.—B') Francia.—C') Italia.—B) Expansión o hipertrofia del acto mercantil.—A') Alemania.—B') Francia.—C') Italia.—2. Derecino Español.—A) Criterio delimitador de Sociedad civil.—B) La actividad comercial.—3. Sociedades civiles por el objeto; casos dudosos.—A) Sociedades agrícolas y pesqueras.—B) Sociedades Inmobiliarias.—C) Sociedades mineras.—D) Otros supuestos dudosos.—a) Sociedades para suministros de agua, gas, electricidad, etc.—b) Editoriales de Prensa periódica, de Espectáculos públicos, de profesionales, etc.—c) De fin instructivo o educativo y de círculos de recreo.—4. Sociedades con objeto complejo.—5. Sociedades mixtas.—A) Radical tesis mercantilista. B) Fórmula conciliatoria de orientación civilista.—C) Justificación del criterio compatibilizador.—6. Otros supuestos de sociedades mixtas.—III. La responsabilidad de los socios.—1. Alcance de la responsabilidad normal.—2. Posible limitación de responsabilidad por pacto: ¿lo impedirán los artículos 1.608 y 1.911 del Código civil?: su examen.—A) Artículo 1.698; su derogabilidad.—B) Apoyo de las cláusulas limitativas de responsabilidad.—C) Examen del artículo 1.911.—a) Sentido de la responsabilidad universal que establece.—b) Lo que realmente se veda en el artículo 1.911 y lo que no está previsto.—3. Hipotético fraude: su remedio; publicidad; registro mercantil.—4. Conclusión.

I. INTERES DEL TEMA; PECULIARIDADES PRACTICAS QUE LA DISTINGUEN DE LA MERCANTIL

El tema de la sociedad civil entraña en Derecho español un interés práctico, superior al que en general se le viene atribuyendo. Y su repertorio de problemas en estado cuestionable es mayor del que a primera vista pudiera creerse.

Se aprecia patente lo primero al contemplar las peculiaridades del trato jurídico y fiscal de que, a diferencia de la mercantil, es objeto. En cuanto a lo segundo, su número desborda, desde luego, los límites

de un artículo, así como el darles adecuado tratamiento es superior a mis aptitudes. Este ensayo sólo pretende atraer y concentrar un poco la atención sobre dos aspectos que estimo sustanciales para la eficiente subsistencia de esta figura jurídica: sentar con trazo nítido y perfil preciso su diferenciación e individualidad respecto de la sociedad mercantil, y establecer como posible la limitación de responsabilidad para los socios, sino en su forma normal o reglamentaria, al menos en la pactada.

Podrá ser verdad desde el punto de vista especulativo, como escribió Sánchez Román, que la distinción que nos ocupa carece de interés científico porque en rigor falta verdad en los principios de la distinción de los actos de la contratación civil y de la mercantil. Mas como el mismo autor reconoce, resulta indiscutible la utilidad práctica de dicha distinción, "puesto que es una verdad innegable la de que existe en Derecho español una legislación diferente para los unos que para los otros" (1).

En efecto, sea cual fuere la tesis defendible en derecho constituyente (1 bis), en el actual positivo hay que partir de ese pie forzado de la doble legislación que marca su impronta en la sociedad, como sujeto personal—jurídico o moral—que es de las correspondientes relaciones contractuales (2).

A) Prescindiendo de aquellas notas características entre sociedad civil y sociedad mercantil, de procedencia puramente formal y susceptibles de nivelación o mutación por voluntad de las partes, quedan como subsistentes e inmutables, debido a su raíz objetiva y naturaleza sustantiva, las siguientes:

1.º La insolvencia de la sociedad mercantil queda sometida a las rigurosas disposiciones de la quiebra (arts. 923 y ss. del C. de c.), mientras que a las sociedades civiles que no pueden satisfacer sus deudas se les aplica el concurso de acreedores (arts. 1.913 y ss. del Código civil y 1.152 y ss. de la LEC).

2.º La prescripción de las acciones que incumben a las o contra las sociedades civiles, se rige por las reglas ordinarias del título XVIII del libro IV del Código civil (arts. 1.916 y ss.) mientras que las acciones relativas a las sociedades mercantiles quedan sometidas a los más breves plazos del título II, libro IV del Código de comercio (arts. 942 y ss.). Parece dudoso si las acciones de los socios contra la sociedad o viceversa en las sociedades civiles con forma mercantil seguirán

(1) *Estudios de Derecho Civil*, 2.ª ed., Madrid, 1899, T. IV, pág. 521.

(1 bis) Sobre ello puede consultarse con aprovechamiento LANGLE: *La autonomía del Derecho Mercantil*, en "Rev. Gen. de Leg. y Jur.", 1942, mayo y junio.

(2) "Y esta distinción entre una y otra clase de sociedades—dice GARRIGUS—es de sumo interés práctico, como lo es la separación entre las personas físicas comerciantes y no comerciantes. La razón es que los comerciantes, sean individuales, sean sociales, gozan y sufren las consecuencias de un *status*, con un complejo de derechos y obligaciones que no afectan a los no comerciantes" (*Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947, T. I, v. 1.º, pág. 380).

la norma general de aquellas o se sujetarán a la especial de los artículos 947 y ss. del Código de comercio.

3.º Según el artículo 1.º del Decreto de 19 de septiembre de 1936, ratificado por el artículo 3.º de la Ley de 23 de febrero de 1940 y Ordenes de 19 de febrero y junio de 1941, queda prohibida, bajo pena de nulidad, la transmisión y negociación de valores públicos industriales o mercantiles, cualquiera que sea la fecha de su emisión, sin intervención de Agente de Cambio y Bolsa, Corredor de Comercio o Notario; disposiciones que no afectan a las acciones y obligaciones de Sociedades no mercantiles ni industriales (2 bis).

B) Como diferencias, cuya subsistencia en las sociedades con forma de alguna de las mercantiles es igualmente dudosa y cuya decisión final nos parece estar supeditada en mucho a la posición que se adopte respecto a la eficacia en cuanto a terceros de esa confirmación "a lo mercantil" de las civiles, consideramos las siguientes:

1.º La amplia libertad para la constitución de las sociedades civiles, salvo que se aporten bienes inmuebles o derechos reales, que permite el artículo 1.667 del Código civil (3), mientras el artículo 116 del Código de comercio condiciona la calificación mercantil y la concesión o reconocimiento de personalidad jurídica a la observancia de sus disposiciones formales y de publicidad—escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

2.º Las sociedades mercantiles en cuya constitución no se hayan observado los requisitos legales funcionan irregularmente, con sanciones para los culpables de la omisión (art. 120 C. de c.) y con la particularidad de que no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable (art. 24 del C. de c.) (4), mientras que en las sociedades civiles el defecto de forma no deja de producir un estado regular de derecho (5).

(2 bis) V. BAS Y RIVAS: *Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisión de Bienes*, Madrid, T. I, pág. 259, núm. 239.

(3) Aunque no puede eludirse un mínimum de publicidad, según se desprende a *contrario sensu* del artículo 1.669, para que se les reconozca personalidad jurídica. Mas conforme observan PÉREZ Y ALGUER, "como no hay nada ordenado, concretamente, ha de referirse una publicidad suficiente, es decir, de cualquier medio por el que se comunique a los terceros la existencia de la sociedad y su contenido. No es menester una publicidad general, bastando que en cada caso concreto se notifique al tercero la existencia de la sociedad y su alcance". (cf. por analogía el art. 1.725, "conocimiento suficiente de sus poderes") (Notas al *Tratado de Derecho civil* de Enneccerus-Kipp-Wolff, II, 2.º, pág. 388).

(4) Como explica CASTÁN: "no pueden dichas sociedades exigir de los terceros con quienes contratan el cumplimiento de sus obligaciones, mientras los terceros pueden exigírselo a ellos" ("Alrededor de la distinción entre las Sociedades civiles y las mercantiles", Madrid, 1929, pág. 28).

(5) RODINO, citado por CASTÁN en obra y lugar citados. Mas no debe olvidarse en nuestro derecho el artículo 1.669, según el cual "no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes". Aunque este precepto no es claro ni de fácil aplicación,

3.º La obligación de llevar los libros de comercio en los términos prescritos por el artículo 33 del Código respectivo a que se hallan sometidas las sociedades mercantiles, a diferencia de las civiles exentas de tal deber (6).

4.º La forma de las sociedades mercantiles más característica e importante, la anónima—y, en gran parte, la de responsabilidad limitada—está sometida a ciertas restricciones e intervenciones estatales que las sociedades civiles desconocen por completo: a) Sumisión a la aprobación del Gobierno del nombramiento de Consejeros, Directores y Ge-

no puede prescindirse de él, y alguna limitación implica a la libertad de forma que se canta. A juicio de PÉREZ Y ALGUER, se refiere a "las sociedades en que habitualmente o por virtud de lo establecido en el contrato de sociedad, los socios contraten en nombre propio con los terceros, siendo, además, secretos los pactos del contrato de sociedad, que se ha constituido para no surtir efectos más que entre los socios", ya que antes han recordado la sentencia de 2 de diciembre de 1902, que en congruencia con el artículo 1.667 admitió la personalidad de una sociedad constituida en documento privado y explicado que el hecho de contratar los socios en nombre propio o de la sociedad no puede afectar a la personalidad de ésta, igual que el mandatario al contratar en nombre propio no niega la personalidad del mandante, sino que sólo afecta a que los efectos no sean directos en pro y en contra del mandante. Ver también *Comentarios al Código Civil*, de MUCIUS SCAEVOLA, tomo XXV, Madrid, 1933, continuado por CASTÁN, impugnando opinión de Manresa y aciaramlo, además: "los pactos que no pueden permanecer secretos son los constitutivos de la sociedad, sin que sean necesariamente conocidos con todo detalle y bastando con que lo sean únicamente en lo que afecta a los terceros" (págs. 770 a 781).

(6) Lo que pasa es que de hecho o prácticamente esta diferencia se desvanece casi, pues como observa GARRIGUES (ob. y lug. cit., pág. 394), "el artículo 10 de la Ley de Utilidades dice que "todo contribuyente—y ya hemos visto que son sujetos contribuyentes todas las sociedades que tengan por fin la realización de algún lucro—sujeto a la imposición de la tarifa 3.ª estará obligado a llevar cuenta y razón de los negocios que motivan la obligación de contribuir ajustada a los preceptos del C. de c.". Y según advierte CASTÁN, "también las sociedades civiles llevan generalmente libros de contabilidad".

Pero quizá no pueda identificarse tal llevanza de libros por prescripción fiscal o por iniciativa privada o propia, con el carácter y significado que los libros de comercio tienen en el orden sustantivo y procesal de la vida y tráfico comercial. Como repara el mismo ilustre maestro civilista, "estos libros conforme al Derecho civil o común, sólo podrán constituir un principio de prueba escrita o tendrán la fuerza probatoria restringida de los registros y papeles privados" (Código civil, art. 1.228). (Ob. y lug. cit., pág. 28, núm. 4.) En cambio, los libros de comercio, como obligatorios de los comerciantes, tienen un cierto matiz de privilegio probatorio especial. Con ellos, el comerciante tiene en pleito una posición favorable frente al adversario que no los lleve: y en compensación le impone la prohibición de aducir otras pruebas que contradigan el resultado de sus propios libros. Además, la jurisprudencia del T. S. tiende a limitar la fuerza probatoria de los libros a los litigios entre comerciantes (S. de 18 de enero de 1889) y a los asuntos mercantiles. (Ss. de 5 de junio y 13 de noviembre de 1900). En la última se dice que en asuntos civiles los libros de comercio son como un medio de prueba más, como un elemento de convicción, pero no con el carácter exclusivo que procedería en el litigio comercial (V. también GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1936, pág. 336 del t. I). Y los asuntos entre o con Sociedades civiles no adquieren carácter mercantil porque lleven los libros ni porque adquieran forma de una de las sociedades mercantiles.

rentes de las concesionarias de servicios públicos, de producción de elementos de la defensa nacional y de crédito y de toda sociedad de capital no inferior a cinco millones de pesetas (Ley de 25 de agosto de 1939 y Orden de 19 de enero de 1940). *b*) Incompatibilidades para el cargo de Consejeros de sociedades (R. D. de 24 de diciembre de 1938, Ley de 8 de abril de 1933 y 7 de diciembre de 1934, y Decreto de 14 de marzo de 1942). *c*) Autorización previa ministerial de Hacienda para ciertas constituciones, ampliaciones de capital o puesta en circulación de acciones y fusión de sociedades (Leyes de 19 de septiembre y 10 de noviembre de 1942, 31 de diciembre de 1946 y Ordenes de 14 de junio de 1946 y 28 de febrero de 1947). *d*) Limitaciones de la participación de capital extranjero (Ley de 24 de noviembre de 1939) (7).

5.º La liquidación de las sociedades civiles se ajusta a las reglas establecidas para la partición de la herencia (art. 1.708 del C. c.), mientras que la de las mercantiles se acomoda a muy diferentes y originales formas (arts. 227 y ss. del C. de c.).

C) Por último, hay un grupo de características diferenciales que distinguen las sociedades civiles genuinamente dichas de las mercantiles, que seguramente desaparecen cuando la sociedad civil por su objeto adopta la vestidura estructural de las últimas. Tales son las siguientes:

1.º Para las sociedades mercantiles es indispensable la designación de los gestores en la escritura de constitución (arts. 125, 145 y 151 del C. de c.), mientras que las sociedades civiles pueden constituirse sin designación expresa de los administradores, a cuya falta subviene la ley con la presunción de que todos los socios se han concedido recíprocamente las facultades administrativas (art. 1.695 del Código civil).

2.º Las sociedades civiles se disuelven por la muerte, interdicción civil o insolvencia de cualquiera de los socios (art. 1.700 del C. c.), lo que no siempre ocurre en las mercantiles, pues la muerte de los socios comanditarios o de los accionistas no disuelve la sociedad mercantil, y la inhabilitación de un socio sólo produce efecto extintivo o rescisorio cuando el socio condenado fuese gestor de la Compañía (artículo 222 del C. de c.).

3.º En las compañías mercantiles que tengan un plazo limitado de duración no se admite la prórroga del contrato si no es con las formalidades de una nueva constitución (art. 223 del C. c.), al paso que en las sociedades civiles está admitida la prórroga por consentimiento expreso o tácito de los socios (arts. 1.702 y 1.703 del C. c.).

D) Si abandonando el ámbito de las diferencias de orden sustantivo nos adentramos en el fiscal, comprobamos que el aspecto que un día pudo estimarse de mayor interés por la presión más elevada a que los comerciantes estaban sometidos, aparece hoy bastante des-

(7) V. GARRIGUES, *Tratado...*, lug. y págs. citados.

virtuado y desdibujado por la tabla rasa que viene haciendo la legislación tributaria entre aquellas entidades de cualquier orden dominadas por el común denominador finalista de lucro o ganancia. Una concepción económica que se desentiende de las matizaciones jurídicas viene intervando cada día más el derecho fiscal. Pero aun así, pueden todavía señalarse algunos restos diferenciales caracterizados, en general, por una mayor benevolencia gabélica de las sociedades civiles:

1.º La Ley de Timbre del Estado de 18 de abril de 1932, dedica el cap. V del tit. III (arts. 180 a 189) a determinar el reintegro correspondiente a "los libros y documentos expedidos por las sociedades de todas clases que tengan *un fin utilitario*", lo mismo que destina el cap. VI de igual título (arts. 190 a 203) a señalar el timbre correspondiente a los "documentos expedidos por particulares o sociedades de todas clases"; pero, tanto la civil como la mercantil, se comprenderán en el primer grupo.

2.º En la Ley reguladora de la Contribución sobre Utilidades de la riqueza mobiliaria (texto refundido de 22 de septiembre de 1922), ocurre cosa muy semejante: la Disposición 1.ª de la tarifa 3.ª declara, en general, sometidas a tributación a "... las sociedades y asociaciones que tengan por fin la realización de algún lucro", y dentro de esa amplia conceptualización lucrativa entran tanto las sociedades civiles como las mercantiles. Sin embargo, ya aquí se atisba alguna diferencia benevolente para las sociedades no mercantiles. Según el párrafo j) de la regla 2.ª de la Disposición 5.ª de la Tarifa 3.ª, "tratándose de sociedades o asociaciones que no tengan carácter mercantil, no se computarán como ingresos a los efectos de la determinación del lucro obtenido los que procedan de cuotas o repartos a cargo de los socios".

3.º Algunas mayores diferencias se encuentran en la legislación del Impuesto de Derechos reales y sobre transmisión de bienes. Las normas de Ley, Reglamento y Tarifas (de 29 de marzo de 1941, reformados por la Ley de 17 de marzo de 1945, texto refundido de 7 de noviembre de 1947) destinadas a regular la liquidación correspondiente a las escrituras de constitución, prórroga, modificación, transformación, aumentos o disminución de capital y adjudicación de bienes por disolución o liquidación de las sociedades a los socios o a terceras personas, se refieren a todas las sociedades en general, a civiles y mercantiles, indistintamente.

Pero se insinúan algunas diferencias en lo concerniente a los tipos de gravamen aplicables a la emisión, transformación, amortización o cancelación de obligaciones que no estén garantizadas con hipoteca, que cuando pertenecen a sociedades mercantiles o industriales devengarán el 1 por 100 de su valor nominal, en tanto que cuando se emitan por particulares o sociedades mercantiles se devengará el impuesto en concepto de préstamo (arts. 20, pár. 1.º, y 26, pár. 2.º del Reglamento de 7 de noviembre de 1947), y por consiguiente, conforme al número 54 de la Tarifa, el 0,50 por 100. La benignidad en favor de

las sociedades civiles es, pues, bien patente. Máxime si se tiene en cuenta que parece muy defendible, a juicio de algunos comentaristas que no deja de tener sus apoyos legales, la tesis de estar exenta la cancelación o amortización de las últimas por analogía o equivalencia a la extinción que declara exenta el número 22 del art. 6.º del Reglamento citado (8).

En cuanto a la transmisión de los mencionados valores, cuando se realice por escritura pública o documento judicial o administrativo, los emitidos por sociedades mercantiles o industriales se gravarán con el 1 por 100 (art. 20, núm. 6 del Reglamento citado). En cambio, dicho precepto, contra lo que cabía esperar, guarda absoluto silencio respecto a los emitidos por personas naturales y sociedades mercantiles. Mas esto no parece pueda interpretarse en modo alguno como significativo de que sean exentos de tributación; porque como explica Bas y Rivas, "tal concepto está llamado a tributar por la Ley, y en el número 14, de acuerdo con el 46, ambos de la Tarifa, al parecer, se les señaló un tipo de imposición del 3 por 100; pero, además, en definitiva, se trata de créditos, consistentes en préstamos llamados a tributar a ese mismo tipo—del 3 por 100—por el apartado 4) del artículo 27 del Reglamento" (9). Aquí sí que es evidente el trato de favor para las sociedades mercantiles.

En cambio, la transmisión por documento privado de las obligaciones emitidas por sociedades civiles se halla exenta, conforme al apartado XVI del art. 2.º de la Ley.

4.º De mayor enjundia parece la diferenciación en el pago del impuesto sobre emisión y negociación o transmisión de valores mobiliarios, anteriormente integrado en el impuesto del Timbre y dotado hoy de sustantividad propia por virtud de las leyes de 12 de diciembre de 1942 y 13 de mayo de 1943 (Ordenes complementarias y aclaratorias de 9 de junio y 31 de julio del mismo año y 9 de abril de 1945), si bien es verdad que tal desigualdad desaparece cuando la sociedad civil reviste una de las formas mercantiles de que es propia la emisión de tales valores. En efecto, mientras esto no ocurra, dicho tributo grava, como observa Garrigues, "la puesta en circulación"—emisión—y la "transmisión de que son susceptibles"—negociación—los valores mobiliarios, y si bien es cierto que el art. 3.º de la Ley de 13 de marzo de 1943 se refiere a las sociedades en general, sin distinción de ci-

(8) V. BAS Y RIBAS, *Impuestos de Derechos Reales y sobre transmisión de bienes*. V. I, págs. 254 y ss., y PORPETA CLÉRIGO, *Instituciones de Derecho fiscal*, Madrid, 1950, t. I, pág. 225. Por ello, sólo puede atribuirse a un error la conclusión que sienta GARRIGUES en su ob. cit., pág. 392 del t. I, al decir: "El tratamiento fiscal es, pues, más benigno para los títulos mencionados cuando son emitidos por sociedades mercantiles", pues aunque tal afirmación se sentara sobre la base de que el tipo de gravamen para las mercantiles fuera, antes de la refundición de 1947, del 0,60 los préstamos, y por consiguientes las obligaciones emitidas por las sociedades no mercantiles devengaban el 0,40.

(9) Ob. y lug. cit., págs. 258. En sentido análogo, GARRIGUES, ob. y lugar cit., pág. 392.

viles y mercantiles, en la práctica este impuesto gravita fundamentalmente sobre las sociedades mercantiles que suelen ser las emisoras de estos valores y no las sociedades civiles cuyas participaciones no se incorporan a documento independiente (10). Como hemos ya anotado, si la sociedad civil adopta la forma anónima o comanditaria por acciones, es indudable que tal impuesto le afectará igualmente.

II. SU DIFERENCIACION Y CONSISTENCIA RESPECTO A LA SOCIEDAD MERCANTIL

La diferenciación de la sociedad civil respecto a la mercantil y su consiguiente individualización se presenta en Derecho Español con mayor radicalismo y profundidad que en los Derechos extranjeros, considerados como mentores: Alemania, Francia, Italia... Lo que, a mi modesto juicio, obliga a un estudio cuidadoso de la cuestión, sin dejarse llevar demasiado por las conclusiones doctrinales a que aquellos países son conducidos por preceptos positivos, de perfil muy distinto a los nuestros, que casi hacen tabla rasa entre la sociedad civil y la mercantil.

Aparte este espejismo, que sospecho ha sido principal causante de la desatención en que la materia se encuentra entre nosotros, minimizando el interés que la cuestión encierra (11), es posible que se abuse un tanto de la pretendida omnipotencia atribuida a la "intención de las partes" o "autonomía de la voluntad", encarnada en el art. 1.255 del C. c., a la que acaso convenga cortar vuelos. Es absurda, realmente, como dice Castán, la solución de constituir como civiles o mercantiles, a gusto de los contratantes, ciertas sociedades de naturaleza dudosa (12), como no lo parece menos el que se alabe cual fórmula magistral el concentrar "en la *affectio societatis* o en la intención de los interesados la nota característica que diferencia la indivisión—o comunidad—de la sociedad", por más autorizados valedores con que la receta cuente (13), pues su consagración fácilmente

(10) V. GARRIGUES, ob. y lug. cit., pág. 393.

(11) V. VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, Valladolid, 1926, tomo III, pág. 541; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, Madrid, 1930, t. II, págs. 140 y ss.; BONET, *Derecho Civil común y foral*, Madrid, 1940, tomo II, pág. 122; CASTÁN, *Derecho Civil Español común y foral*, Madrid, 1941, t. III, págs. 254 y ss.; HERNÁNDEZ BERONDO, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1930, págs. 348 y ss., cuya diferenciación no puede ser más pobre y confusa. Reflejo, y quizá fruto, de esta pobreza doctrinal debe ser la inexplicable indiferencia de la jurisprudencia ante el problema del que se desentiende considerando ocioso pararse en deslindar la naturaleza civil o mercantil de las sociedades. V. Ss. de 30 de octubre de 1906 y 7 de mayo de 1927. Sin contar con las que utilizan para la distinción criterios un tanto arbitrarios y circunstanciales como la de 31 de mayo de 1912, 25 de mayo de 1917 y 19 de enero de 1925.

(12) V. *Alrededor de la distinción...* ya cit., pág. 19.

(13) V. MARÍN LÁZARO, *Sociedades y comunidad*, Revista de Derecho Privado, noviembre 1942, pág. 696.

te llevaría a la deformación de las instituciones, lo que reputo escapa al arbitrio individual (14).

Por otra parte, en la mayoría de las producciones doctrinales que se ocupan de esta especificación, domina lo que pudiéramos llamar diagnóstico "a posteriori" o sobre los elementos que proporciona la historia clínica de la sociedad que se trata de calificar. Y a poco que se reflexione, se echa de ver la absoluta insuficiencia de tal método para la vida práctica. Lo que interesa en toda institucionalidad jurídica medianamente ordenada es un certero diagnóstico, más que precoz, inicial, en el mismo umbral de su vida; de modo que nazca y se conforme el fenómeno jurídico como comunidad o sociedad y dentro de ésta, civil o mercantil, con la vestidura propia que corresponde a su fondo sustancial y encuadrada en el ámbito jurídico que le es privativo. Sólo así podrá garantizarse el desenvolvimiento normal y correcto de los intereses en juego, y evitar que andamiajes y construcciones levantadas con buena fe, pero a contrapelo de la esencia institucional se derrumben, surgida la cuestión al choque con una calificación judicial tardía. De ahí el gran interés que encierra la fijación de criterios diferenciales claros e inmutables.

Parece un hecho evidente e indiscutible hoy, cualesquiera hayan sido las evoluciones históricas, que tanto en el terreno doctrinal más autorizado como en el actual derecho español, el criterio diferencial eficiente es el objetivo, o sea el que atiende a la naturaleza de las operaciones que la Sociedad haya de realizar (15), lo mismo ni más ni menos, que para el comerciante individual.

(14) Como atinadamente argüía LOIS ESTÉVEZ: "Ciertamente que las partes pueden ligarse con el vínculo que prefieren; pero cierto también que la calificación es algo que tiene carácter objetivo y que corresponde al sistema legal; cierto que valen las estipulaciones de los interesados aunque afecten a la calificación, pero cierto también que valen como cláusulas del contrato" (*La distinción de condominio y sociedad*, en Rev. General de Legis. y Juris., junio de 1947, página 689). A juicio de MESSINEO, la autonomía o libertad contractual significa que "el contenido del contrato pueda ser fijado por las partes a su arbitrio, o sea, se autoriza la *autodeterminación* de cada una de las cláusulas contractuales". "Se puede decir que la libertad contractual... concierne no a la causa del contrato (que es siempre una causa típica y reconocida por la ley), sino a la medida y modalidad de cada una de las prestaciones, a la dicción o no de cláusulas específicas, el tiempo de la ejecución, y análogas; esto es, como se ha dicho arriba, la determinación de las cláusulas contractuales" (*Dottrina Generale del Contratto*, Milano, 1946, pág. 11). Y en congruencia con estas ideas acepta JESSERAND el "dirigismo contractual" encarnado en la jurisprudencia que inspira "el derecho que se reconoce al Juez de restituir a un acto jurídico su verdadero carácter, que había sido disimulado o falseado por las partes", pues "no pertenece a los particulares la facultad de desnaturalizar un contrato dándole un nombre falso, un falso estado civil; el problema de la calificación de los contratos es, muy legítimamente, de la jurisdicción, no solamente del Juez de fondo, sino también de la Corte de Casación" (*Cours de Droit Civil Positif Français*, Paris, 1939, II, 225).

(15) V. VALVERDE, ob. y lug. cit.; DE DIEGO, idem íd.; BONET, idem íd.; CASTÁN, *Derecho Civil...*, lug. y pág. cit., y *Alrededor de la distinción...*, cit., páginas 7 y ss.; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, t. IV, v. II,

Pero este criterio objetivo aparece enturbiado, en cierto modo, por la autorización que se concede a las sociedades civiles por su objeto para adoptar una de las formas reglamentadas por el Código de Comercio, mixtificación común al Derecho español y al Derecho comparado. Lo que sucede es que en la mayoría de los países esta adopción por las sociedades civiles de forma mercantil, al menos de aquellas como la anónima o de responsabilidad limitada, lleva consigo la sumisión total o casi de la sociedad civil con forma mercantil a la legislación especial de esta última rama (16). Lo que unido a que las actividades contractuales de signo mercantil son objeto, en esos derechos, de una acentuada expansión, reduce enormemente el campo de operaciones de la sociedad civil propiamente dicha en términos que impresiona a la mayoría de nuestros autores.

Aun a riesgo de alargar enojosamente el presente artículo, parece inevitable un breve y resumido recuerdo de ese doble aspecto del Derecho comparado, cuyo contraste con el español deberá curarnos del mal denunciado al principio de este apartado.

I. DERECHO COMPARADO.—A) *Ambito de la Sociedad civil.*—A') *Almania.*—En Alemania la sociedad comanditaria por acciones, la anónima y la de responsabilidad limitada, obtienen la calificación de comerciante sólo por la causa de la forma, sin consideración al objeto de la empresa (17). Si a esto se añade la peculiar idiosincrasia de la sociedad civil regulada en el C. c. germano, con su negación de personalidad jurídica y demás particularidades que de esto se desprenden (18), fácilmente se comprenderá el escaso desarrollo e interés que la misma presenta, por lo menos para las actividades de explotación económica.

página 367; GARRIGUES, ob. y lug. cit., págs. 382 y ss.; LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, Barcelona, 1950, I, págs. 350-355.

(16) Esta mercantilización por la forma alcanza su ápice en el Código de comercio del Japón, al disponer que toda asociación con fin lucrativo, eje-cute o no actos de comercio, es sociedad mercantil siempre que se constituya con arreglo a las disposiciones de su libro II (art. 42, cit. por VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho Mercantil comparado*, I, pág. 172). Hay que advertir que durante la elaboración de este artículo ha sido promulgada la Ley de Sociedades Anónimas española de 17 de julio de 1951, cuyo artículo 3.º ordena: "La sociedad anónima, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil, y en cuanto no se rija por disposición que le sea específicamente aplicable, quedará sometida a los preceptos de esta Ley".

(17) V. GARRIGUES, ob. y lug. cit., pág. 390, n.; CASTÁN, *Alrededor de la distinción...*, pág. 11, núm. 2. Como escribe COSACK: "...la Sociedad anónima es un "comerciante formal", ya que debe su condición de comerciante sólo a la forma exterior bajo la que interviene en el tráfico. No porque los negocios que realice sean mercantiles... o porque la forma y ámbito de su actividad requiera una organización mercantil..., sino porque el ropaje de Sociedad anónima equivale al ropaje de comerciante, convirtiéndolo, sin excepción, a aquella en comerciante pleno, aun cuando detrás de ese disfraz pueda ocultarse en un caso concreto una empresa altamente no mercantil" (*Tratado de Derecho Mercantil*, trad. esp., Madrid, 1935, t. I, pág. 92).

(18) V. ENNECCERUS-KIPP-WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, trad. esp., citado, t. II, núm. 2, págs. 377 y siguientes.

B') *Francia*.—Es donde quizá el supuesto que en España se da pudiera encontrar un adecuado espejo que le inspirara la solución a los propios problemas, por estar dotada también de personalidad jurídica su sociedad civil. Pero esta posibilidad se halla desvirtuada por la atracción a su plena jurisdicción que el Derecho mercantil ejerce no sólo sobre las sociedades civiles que adoptan forma mercantil, sino sobre algunas extractivas que en principio se reputarían civiles por su objeto. Según explica ESCARRA, "...porque la busca o investigación de un criterio objetivo en materia de sociedades es más difícil que cuando se trata de comerciantes individuales, y sobre todo porque esta busca tiene consecuencias más graves se ha vuelto progresivamente al criterio formal..., cuya reaparición es un ejemplo interesante de la incidencia o incursión del Derecho mercantil sobre el Derecho civil" (19). Así, vemos:

1.º Por la Ley de 1 de agosto de 1893, cualquiera que sea su objeto, las sociedades en comandita o anónimas que sean constituidas bajo las formas del Código de Comercio o de la Ley sobre Sociedad de Acciones de 24 de julio de 1867, serán comerciales y estarán sometidas a las leyes y usos de comercio (20).

2.º La Ley de 9 de septiembre de 1919 trata las sociedades mineras como sociedades comerciales (art. 5, según el cual "la explotación de minas es considerada como un acto de comercio").

3.º La Ley de 7 de marzo de 1925 sobre las sociedades de responsabilidad limitada les imprime invariablemente el carácter de comercial "cualquiera que sea su objeto" (21).

4.º La Ley de 17 de noviembre de 1943 ordena en su artículo 6.º que "cualquiera que sea su objeto, las sociedades profesionales son comerciales. Quedan sometidas a las leyes y usos del comercio" (22).

C') *Italia*.—Bajo la dualidad legislativa, civil y mercantil, en que la sociedad civil se caracteriza por la carencia de personalidad jurí-

(19) V. su *Manuel de Droit Commercial*, París, 1947, t. I, 276.

(20) La controversia que cita CASTÁN (*Alrededor de la distinción...*, página 11, núm. 2) sobre si esa alusión a las en comandita alcanza sólo a las por acciones o también a las simples, aunque por el texto legal parecería resolverse en favor de sentido omnicompreensivo y de tal parecer ha sido parte de la doctrina y de las sentencias, ha zanjado la Corte de Casación decidiendo que sólo se contrae a las por acciones, cuya interpretación les parece a PLANIOL y RIPERT la más conforme al espíritu del legislador de 1899 (*Tratado práctico de Derecho Civil Francés*, Habana, 1946, t. XI, pág. 254), así como a ESCARRA (Ob. y lug. cit., pág. 276). JOSSERAND generaliza demasiado el sentido de dicha Ley, provocando un error al escribir que "la Ley de 1 de agosto de 1893 ha decidido que las sociedades civiles son comerciales y sometidas a las Leyes y usos de comercio desde el momento que han adoptado la forma comercial: en semejante materia la forma arrastra al fondo" (Ob. y lug. citados, pág. 786), ya que ni siquiera excluye de la absorción a las colectivas, cuya posibilidad parece evidente.

(21) V. JOSSERAND, Ob., lug. y pág. cit.: PLANIOL y RIPERT, Ob. y lug. citados, págs. 251, 253 a 258; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, trad. esp., t. IV, págs. 463-464; ESCARRA, *Manuel de Droit Commercial*, obra y lug. cit.

(22) V. ESCARRA, ob. y lug. cit., pág. 277.

dica, la distinción entre ambas radicaba en principio en la diversidad de objetos (23), como se desprendía del artículo 76 de su Código de comercio: "Las sociedades comerciales tienen por objeto uno o más actos de comercio", bajo cuyo precepto podía correcta y congruentemente decirse que "hay sociedad comercial cuando exista un ente de carácter asociativo que tenga por objeto el ejercicio de actos de comercio con objeto de obtener un beneficio" (24).

A la sociedad civil, por su objeto, se le concede en este régimen la posibilidad de asumir la forma de sociedad por acciones; pero "en este caso se sujetarán a las disposiciones del Código de Comercio, excepción hecha de las que se refieren a la quiebra y a la jurisdicción" (25). El tono restrictivo de esta autorización no debe interpretarse, sin embargo, en el sentido de que se prohíba a la sociedad civil adoptar cualquiera otra de las formas comerciales, sino en el de que en tal caso—de no revestir la forma anónima y sí la colectiva o la comanditaria simple—no puedan prevalerse de la particular disciplina propia de la sociedad comercial, que especialmente deriva del reconocimiento de su personalidad jurídica, como la diferenciación entre acreedores de la sociedad y de los socios—principal característica de las colectivas—, y limitación de responsabilidad de los socios comanditarios—particularidad fundamentalmente buscada en la comanditaria simple—, etc. (26).

En cuanto al alcance de la sujeción a las disposiciones del Código de comercio de las sociedades civiles con forma de las anónimas, la doctrina parece conforme en negarles el carácter de *ente comercial*, así que no les aplica ni las normas expresamente excluidas por el artículo 229 sobre la quiebra y la jurisdicción (importantes las últimas antes de abolirse los Tribunales de Comercio), ni las que presuponen la cualidad comerciante, delimitación no siempre fácil y

(23) "...la Sociedad civil no origina un ente colectivo y autónomo, un nuevo sujeto jurídico distinto de la persona de los socios; en esto precisamente y en la diversidad de objeto radica la nota diferencial entre estas sociedades y las mercantiles" (RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. esp., t. II, número 1, págs. 421-422).

(24) DE GREGORIO, *Della Società e delle Associazioni commerciali*, Torino, 1938, pág. 3. "En realidad, la Sociedad civil se distingue de la Sociedad comercial sólo por esto, que la Sociedad civil tiende a obtener el lucro mediante el ejercicio de actos de naturaleza civil mientras la Sociedad comercial aspira a ganar por medio del ejercicio de actos de naturaleza comercial (TARELLO, *Le Società Civili*, Torino, 1932, pág. 37).

(25) Artículo 209 del Código de comercio italiano de 1882. No se entiende por qué el Cuerpo legal limita la adopción de forma comercial a las anónimas. A juicio de DE GREGORIO se podría hallar un justificante en la siguiente consideración: la forma más rigurosa de la anónima (especialmente la exigencia de la publicidad) hace menos grave el peligro de que los terceros no sepan que se encuentran frente a una sociedad bajo forma de sociedad comercial, y crean, por tanto, que puedan contar con una completa aplicación de las normas prescritas para las sociedades comerciales" (Ob. cit., pág. 763).

(26) DE GREGORIO, *idem id.*, pág. 704.

hacedera. Se admitió la inaplicabilidad del artículo 4.º, que establecía la presunción de comercialidad para todos los actos realizados por comerciantes, así como de las normas sobre la llevanza de libros (27). Mas éste régimen no satisfizo las exigencias prácticas a juicio de la doctrina y los proyectos de reforma pugnaron por su modificación (28).

Código Civil de 1942.—Es natural consecuencia de la unificación del Derecho privado traída por el nuevo Código que no se distinga en el mismo entre sociedad civil y mercantil, si bien aun se conserva algún resto de aquella dualidad, pues la *simple* viene a ocupar el puesto de la antigua sociedad *civil*. En efecto, conforme a su artículo 2.249, "Las sociedades que tienen por objeto el ejercicio de una actividad comercial deben constituirse según uno de los tipos regulados en los capítulos III y siguientes de este título (29). Las sociedades que tienen por objeto el ejercicio de una actividad distinta se regulan por las disposiciones sobre la sociedad simple, a menos que los socios hayan querido constituir la sociedad según uno de los otros tipos regulados en los capítulos III y siguientes de este título".

Ahora bien; a pesar de esa unificación legislativa que el nuevo Código civil italiano significa, no puede decirse en absoluto que haya desaparecido la particularidad de las normas mercantiles (30). Por lo que si bien bajo su régimen no se presenta el conflicto de si las sociedades con objeto no mercantil que adopten alguna de las formas arbitradas para las comerciales han de quedar sometidas—y con qué alcance—al Código de comercio, cabe preguntarse, sin embargo, la repercusión que tendrá respecto a esos preceptos la configuración "a lo mercantil" tolerada de esas sociedades sin objeto comercial.

Según nos enseña FERRARA, en cuanto a las normas de esencia mercantil, incorporadas al Código civil, hay que distinguir según se re-

(27) DE GREGORIO, *idem* *id.*, pág. 700. Según NAVARRINI, "las disposiciones aplicables a tales sociedades serán, pues, en definitiva, solamente aquellas que el legislador comercial ha fijado para la sociedad por acciones en el título que le es destinado, pero cuya eficacia no podrá sino ser—no completada por aquellas que reglamentan, en general, especialmente en interés de los terceros, la actividad del comerciante—muy pequeña (*Società*, núm. 702, cit. por DE GREGORIO, *ob. y lug. cit.*).

(28) V. TARELLO, *La Società Civile*, págs. 108-109. Según el proyecto de la Comisión Real presidida por D'Amelio (1925), las sociedades civiles que asumen la forma de la sociedad por acciones son consideradas comerciales y sometidas a las disposiciones del Código de comercio, no sólo en cuanto se refieren a su ordenación, sino a todas las normas, incluso las de la quiebra, esto es, son consideradas a todos los efectos sociedades comerciales. En el de la Comisión Ministerial presidida por Vivante (1922) imperaba el mismo radical criterio asimilador, pero comprensivo no sólo de las que adoptaran forma anónima, sino cualquiera de las mercantiles, pues según su artículo 95, "las sociedades civiles, en cuanto se constituyan legalmente con la forma de las sociedades comerciales, son sujetas a disposiciones del presente Código".

(29) Se refiere a la Colectiva, la en comandita simple, la por acciones, la comanditaria por acciones, la de responsabilidad limitada, cooperativas y de seguros mutuos, ya que no parece haber limitación alguna.

(30) V. FERRARA, *Empresarios y sociedades*, Madrid, 1950, pág. 10 y ss.; LOTTI, *Istituzioni di Diritto Commerciale*, Padova, 1943, I, págs. 9 y siguientes.

fieran a las relaciones jurídicas o a los sujetos mercantiles. En cuanto a las primeras, el nuevo Código ha extendido la regulación mercantil a las relaciones civiles, con lo que la norma mercantil ha dejado de ser especial para una categoría determinada de relaciones jurídicas, desapareciendo todo conflicto o cuestión para el caso que nos ocupa. En cuanto a los sujetos, se han mantenido las normas particulares relativas a los comerciantes, que reciben la denominación de “Empresarios mercantiles”, los cuales son los únicos obligados a la inscripción en el Registro de empresas, guardar las normas sobre la contabilidad, someterse al procedimiento de concurso de acreedores en caso de insolvencia contenido en la Ley especial, etc., etc.

Dentro del concepto de “Empresario mercantil”, cuyo concepto se obtiene de modo negativo o por eliminación, separando de la noción general de empresario—“quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada dirigida a la producción o cambio de bienes o servicios” (art. 2.080)—las figuras del “artesano” (31) y del “Empresario agrícola” (32), y que puede enunciarse como “aquel empresario que ejerce una actividad intermediaria o una actividad productiva de carácter industrial distinta y separada de la agrícola” (33), además de las personas físicas pueden comprenderse las jurídicas; pero al parecer sólo aquellas que ejerciten o desempeñen una *empresa mercantil*. Es decir, que para considerar asimilada una sociedad a la empresa mercantil se precisará que esté dotada de personalidad jurídica—como la anónima, la comanditaria por acciones y la de responsabilidad limitada—y que tenga por objeto el ejercicio de una empresa mercantil (34).

En consecuencia, la sociedad no dedicada a actividades mercantiles—como por ejemplo, las agrícolas—que por voluntad de sus componentes adoptaron forma de las anónimas, comanditarias por acciones o de responsabilidad limitada, no parece deban ser afectadas por aquellas disposiciones antes citadas de carácter mercantil aplicable a los

(31) Caracterizado por el requisito de la prevalencia, en la empresa del trabajo personal del empresario y de los miembros de su familia (V. FERRARA, obra cit., págs. 39 y ss.).

(32) El empresario individual o social “que ejerce una actividad dirigida al cultivo de la tierra, a la silvicultura, al recreo del ganado y las actividades conexas” (art. 2.135 del C. c.).

(33) FERRARA, ob. cit., pág. 46.

(34) V. FERRARA, ob. cit., pág. 49 y su nota núm. 35, donde sigue argumentando: “La opinión contraria de Mossa que quiere reconocer en todo caso la existencia de un empresario mercantil, ha quedado aislada en el campo doctrinal; la premisa de que parte el ilustre autor—que esa forma social es absolutamente mercantil—no me parece exacta porque si es obligatorio para las sociedades que tienen por objeto una actividad mercantil el adoptar una forma indicada, las otras sociedades pueden adoptarla también, y, por consiguiente, parece injustificado considerar esa forma social absoluta o exclusivamente mercantil. Se añade a esto que la Ley ha determinado la condición de empresario mercantil y de empresario agrícola en virtud de un criterio sustancial y no formal, y no existe señal alguna de que respecto a las sociedades se aplique otro”.

sujetos como constitutivos, o en cierto modo, resultado de su peculiar *status comercial*.

B) *Expansión o hipertrofia del acto mercantil*.—Junto a esta especie de “mercantilización automática” que en los países aludidos se opera para las sociedades con objeto civil que adopten forma mercantil, ya por imperio expreso de su derecho positivo (Alemania, Francia), ya por construcción doctrinal (Italia) (35), lo que más colabora a reducir el interés de los mismos por la sociedad civil radica en el expansivo concepto de la materia que constituye objeto de la sociedad mercantil.

A') *Alemania*.—En este país preside el criterio profesional aunque en definitiva se traduzca ello en el ejercicio de los actos mercantiles fundamentales. Aparte la sociedad anónima, y al parecer también la comanditaria por acciones y la de responsabilidad limitada, que *per se* son esencialmente mercantiles y sometidas al Código de Comercio íntegramente, la sociedad colectiva y la comanditaria simple precisan, para ser consideradas como comerciantes colectivos, dedicarse lo mismo que el comerciante individual, al *ejercicio de una industria plenamente mercantil* (36).

Ahora bien; como dice Cosack, “qué explotaciones industriales son plenamente mercantiles se resuelve en la Sociedad colectiva siguiendo la mismas reglas que para los comerciantes individuales; según esto, deben distinguirse Sociedades colectivas por razón del ejercicio de una industria, y Sociedades colectivas por razón de la inscripción” (37).

Las primeras se dan cuando su explotación tiene por objeto uno de los actos de comercio fundamentales. Mas a falta de una determinación concreta de qué actos pertenecen a dicho grupo, el legislador enumera una larga serie de grupos aislados de negocios que deben valer como actos de comercio fundamentales, que apenas dejan margen a las actividades de producción civiles (38).

(35) Ya hemos visto que era el ansia predominante, cristalizada en los proyectos de D'Amelio y Vivante, si bien no parece haberse incorporado al Código civil de 1942.

(36) V. COSACK, ob. y lug. cit., págs. 91, 183, 189, 43 y 89, respectivamente, para cada tipo social.

(37) Ob. cit., pág. 43, y el mismo criterio parece aplicable para las comanditarias simples.

(38) COSACK los ordena en estas diez rúbricas: 1.º La adquisición y reventa de mercancías o títulos valores—la adquisición parece debe ser derivativa, excluyéndose, por tanto, la de producción originaria o espontánea, y el término mercancía expresar “cosas muebles de cualquier clase, excepto los títulos valores”, quedando fuera la adquisición y reventa de bienes inmuebles, y aquella referirse no sólo a las mismas mercancías, sino a ellas trabajadas o transformadas por el adquirente o un tercero antes de la reventa. 2.º La compra o venta de mercancías o títulos valores en nombre propio y por cuenta ajena—que cuando se realizan profesionalmente reciben el nombre de “comisión”. 3.º Los negocios de Banca y cambios de dinero. 4.º Los negocios de librería y arte que comprende no sólo los “libros en comisión” y “anticuarios”, sino también los negocios de los editores. 5.º La aceptación de la elaboración o transfor-

Las segundas requieren: 1.º, que el ejercicio de su industria—cualesquiera que sea su objeto y aunque no comprenda ningún acto de comercio fundamental—se lleve según su género y ámbito, de modo que haga necesaria una “organización” que sea considerada como mercantil en el tráfico (39); 2.º, que sean inscritas en el Registro mercantil.

Es evidente que esta última noción de comerciante o “mecantilización por el volumen” que pudiéramos decir, hipertrofia ostensiblemente el ámbito de las colectividades mercantiles con mengua manifiesta de las que se mantienen en la esfera puramente civil.

Este régimen del antiguo Código del Imperio varió con el nuevo Código de Comercio de 1897, que fundamentalmente regula la profesionalidad mercantil. En su articulado se habla de negocios mercantiles que parecen ser los inspirados por criterio subjetivo; pero en la concepción del sujeto mercantil se rastrea y late el concepto objetivo de la materia mercantil. Según el artículo 1.º, es comerciante quien ejerce una industria mercantil. Como tal se considera el ejercicio profesional de cualquiera de las siguientes actividades: la compra y venta de bienes muebles; la preparación de mercancías para otros que exceda de los límites puramente industriales; las empresas de seguros a prima, los negocios de banca y cambio, los de transporte, de comisión, agencia o almacenes de depósitos, la agencia de comercio o corretaje; y el de imprenta cuando traspasa los límites puramente industriales (40).

B) *Francia*.—Conforme al criterio que hemos apuntado ya como más científico, dice explícitamente Escarra que “para saber si una sociedad tiene una actividad comercial, es decir, si realiza verdaderamente actos de comercio o si tiene, por el contrario, una actividad puramente civil, hay que recurrir a la interpretación del artículo 632 del Código de comercio y al criterio extensivo que se ha indicado” (41). Es la aplicación a las sociedades del artículo primero del mismo cuerpo legal, según el cual se adquiere la cualidad de comerciante por “aquellos que ejercen actos de comercio y hacen de ello su profesión habitual”.

mación de mercancías para otros, en tanto supere los límites del artesanado. 6.º Los negocios de impresión, en cuanto su ejercicio exceda los mismos límites del artesanado. 7.º Los negocios más importantes de transporte de personas y bienes. 8.º Los negocios de los almacenistas o depositarios; es decir, aquellos que tomen en depósito cosas de comercio. 9.º La aceptación de seguros contra prima. 10. Los negocios de cambio y de corredores de comercio (Ob. y lug. citados, págs. 21 a 29).

(39) Lo que quiere decir, según explica COSACK, “que su explotación debe ser tan grande y tan desarrollada que sólo pueda ser mantenida en orden con aquella clara y exacta contabilidad que es costumbre en las grandes casas comerciales”... “En cambio, es indiferente cuáles sean los objetos de su explotación: pueden pertenecer a actos de toda clase, aun a aquellos que no tienen la menor conexión con el comercio y la comercialidad en el sentido usual” (Ob. y lug. cit. págs 21 y 30).

(40) V. VICENTE y GELLA, ob. y lug. cit., págs. 114 y ss.; GARRIGUES, obra y lug. cit., págs. 181 y ss.

(41) Ob. cit., t. I, pág. 275.

Con arreglo a la enumeración del referido artículo 632, son actos comerciales: 1.º, toda compra de géneros y mercaderías para revenderlos; 2.º, las empresas de manufacturas, comisión, transportes por tierra y agua (a las que por la Ley de 1924 hay que añadir las de transporte aéreo), las de suministros y las agencias u oficinas de negocios; 3.º, los establecimientos de ventas al mejor postor y los de espectáculos públicos; 4.º, las operaciones de cambio, banca y corretaje; 5.º, las operaciones de los Bancos públicos; 6.º, la letra de cambio. Y por la Ley de 9 de septiembre de 1919, la explotación de las minas. Aparte, todo ello, del comercio marítimo.

Mas dicho artículo ha sido interpretado por la doctrina y jurisprudencia francesas como encerrando un criterio extensivo que debe desplegar su fuerza expansiva allí donde latan los conceptos de especulación, tráfico y empresa sobre todo, concebida la última noción como "la repetición profesional de actos de comercio descansando sobre una organización preestablecida" (42). De todo lo cual, fácilmente se colige la hipertrofia y dilatación que experimentará la calificación mercantil de las actividades económicas.

En consecuencia, el campo de operaciones de la sociedad civil queda reducido a: 1.º, la compra y reventa o arrendamiento de inmuebles; 2.º, la explotación agrícola u otra empresa relativa a los productos del suelo o a la cría de ganado; 3.º, la explotación de una concesión de aguas o el suministro de agua potable a una ciudad; 4.º, la explotación de aguas minerales o termales, y 5.º, la explotación de actividades profesionales, siempre que se trate de las de los propios asociados (43).

C) *Italia*.—El Código de comercio de 1882 se inspiró en el sistema de los actos de comercio absolutos u objetivos que enumeró minuciosamente en el artículo 3.º, interpretado también con criterio dilatador (44).

(42) V. ESCARRA, ob. y lug. cit., págs. 53 a 59.

(43) V. PLANIOL Y RIPERT, ob. y lug. cit., pág. 279. También puede verse una referencia de todo esto en los tratados españoles, como GARRIGUES, obra y lug. cit., págs. 183 y ss.; VICENTE Y GELLA, ídem íd., pág. 103 y siguientes.

(44) "En sus disposiciones delimitativas respecto a la materia comercial —aprendemos en Rocco—no da una definición sintética del acto de comercio la legislación italiana, sino que enumera una serie de actividades que califica de actos comerciales. Nada menos que a veintiseis clases de actos atribuye la cualidad de acto de comercio (artículos 3.º, 4.º, 5.º y 6.º), o sea, como actividades que engendran relaciones reguladas por el Derecho mercantil". Y el mismo tratadista aclara que la frase "la Ley *reputa actos de comercio*", contenida en alguno de los artículos citados, no implica presunción, sino que tiene un significado distinto: "el de que en la enumeración que hace la Ley, por lo general, hay que asignarle carácter *ejemplificativo* y no *taxativo*, y que por lo mismo, siempre que a ello no se oponga la especial naturaleza de las disposiciones singulares, y por vía de *extensión analógica*, puede darse carácter comercial también a otras clases de actividades no tenidas en cuenta por la Ley, siempre que tenga carácter común con las que aquella ha tenido en cuenta" (*Principios de Derecho Mercantil*. Madrid, 1931, 150 y ss.). Según aquella enumeración, se consideraban actos comerciales: 1.º La compra de géneros o mercaderías para revenderlos o alquilarlos, bien en su propia naturaleza, bien trabajados o manufacturados, y las ventas o arrendamientos subsiguientes. 2.º La compra y reventa de inmuebles.

El sentido genérico de algunos de los términos utilizados como expresivos de comercialidad—especulación, empresa, suministro, etc.—se prestaba ya a la interpretación ampliatoria de que los hizo objeto la jurisprudencia—sobre todo cuando se realizan en forma de empresa—, reduciendo en términos parejos el campo de la sociedad civil (45). Apenas parecen escapar de sus garras más que las actividades agrarias y extractivas—mineras—al amparo del artículo 5.º, cuyo segundo párrafo declara no ser actos de comercio “la venta que el propietario o el cultivador hace de los productos de su fundo o por él cultivados”, así como las de profesiones liberales, siempre que no se vislumbre la organización de empresa que la haga incidir en el artículo 3.º (46).

Con el Código civil de 1942 ya no cabe hablar propiamente de los actos de comercio como constitutivos de una categoría especial dentro del Derecho privado. Los negocios clásicamente considerados mercantiles, aparecen ahora entremezclados con los civiles. Más no por ello puede concluirse que hayan desaparecido totalmente las fronteras entre una y otra materia, ni que se haya logrado su uniformidad absoluta. Lo que pasa es que ahora el elemento catalizador de la materia mercantil, que concita en sí las particularidades legislativas de tal matiz, ha pasado a ser la empresa.

Como ya antes hemos visto y enseña Garrigues con elocuencia y precisión insustituibles, “en el nuevo C. c.—italiano—la empresa ha pasado a ser el núcleo del Derecho mercantil en tanto en cuanto significa el ejercicio profesional del cualquier actividad económica organizada con fines de producción o de cambio de bienes o servicios (art. 2.082). Ahora bien, no todas las normas relativas a la empresa tienen carácter comercial. Se excluyen, en primer término, las normas generales sobre la empresa, las cuales pertenecen al Derecho común (artículos 2.082-2.134). Se excluyen, en segundo término, las normas

cuando se hace con fines de especulación mercantil. 3.º Los contratos *rapport* sobre obligaciones del Estado u otros títulos de crédito que circulan en el comercio. 4.º La compra y la venta de participaciones o acciones de “sociedades mercantiles”. 5.º Las empresas de suministros, de edificaciones y construcciones, fabriles, de espectáculos públicos, editoriales tipográficas y librerías, de transporte de personas o cosas por tierra o por agua y las de comisión, agencia y oficina de negocios. 6.º Todo lo referente al tráfico marítimo. 7.º Los seguros tanto marítimos como terrestres, incluso los mutuos. 8.º Las actividades de mediación en operaciones comerciales. 9.º Los depósitos por causa mercantil y los practicados en los almacenes generales y las operaciones relacionadas con ellos. 10. La letra de cambio.

(45) V. TARELLO, ob. cit., págs. 36 a 64; Rocco, op. cit., págs. 159-190, quien reconoce que “el comercio se ha ido infiltrando extensamente en la vida social entera, y su campo de acción, lo mismo respecto a las cosas que en cuanto a las personas, se ha ampliado enormemente” (pág. 196).

(46) V. TARELLO, ob. cit., págs. 67 y ss. y 82 y ss., según el cual, “por ejemplo, dos médicos que se asocian para abrir un gabinete de consulta o un ambulatorio forman una sociedad civil; pero si estos médicos hacen socieda para asumir el desenvolvimiento de un sanatorio donde, además de las curas y asistencia médica, se da a los enfermos alojamiento y manutención, tendremos entonces, como empresa de suministro, una sociedad mercantil”.

relativas a la empresa agrícola, como manifestación económica tradicionalmente opuesta a la economía comercial, industrial, bancaria y aseguradora. Se entiende por empresa agrícola aquella que ejercita una actividad dirigida al cultivo de un fundo, a la selvicultura, a la crianza de ganados y a las actividades conexas (art. 2.135). Por el contrario, empresa mercantil es aquella que ejercita una actividad industrial dirigida a la producción de bienes o servicios, una actividad bancaria, una actividad aseguradora u otras actividades auxiliares de las precedentes (art. 2.195). Esta enumeración es la que sustituye a la de los actos objetivos del antiguo artículo 3.º del C. de c.” (47).

2. DERECHO ESPAÑOL.—A) *Criterio delimitador de la Sociedad civil.*—Sea cualquiera el criterio que pudo considerarse imperante bajo el Código de comercio y antes de promulgarse el Código civil, es ya evidente que hoy la diferenciación entre Sociedad civil y mercantil obedece a la naturaleza civil o mercantil de lo que constituye su objeto. El artículo 1.670 del Código civil, con su párrafo primero: “Las sociedades civiles por el objeto a que se consagren pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de comercio”, ha puesto fin a toda discusión y duda—aunque en su párrafo segundo: “en tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código”, haya abierto la puerta a otras no menos inquietantes.

Bien es verdad que las dudas y el criterio contrario, formalista, que a veces se le atribuye al Código de comercio (48) no parecen tampoco tener a su favor argumentos muy arrolladores. El antecedente del Código de 1829, inspirado en el más depurado criterio objetivo; el mismo vigente en sus artículos 1.º, número 1.º, que califica de comerciante—individual—al que se dedica habitualmente al comercio; el 117, párrafo segundo, en que tras una enumeración de objetivos sociales aptos para su libre creación alude a las “demás asociaciones que tuvieren por objeto cualquier Empresa industrial o de comercio;

(47) Ob. y lug. cits., págs. 199 y ss.; v. también LORDI, ob. y lug. cits., páginas 9 y 10, donde se evidencia el interés y extensión que aún tienen las normas que afectan exclusivamente a la materia de comercio, y el amplio ámbito de la última.

(48) V. CASTÁN, *Alrededor de la distinción...*, II y ss.; *Derecho Civil...*, III, 255; VALVERDE, ob. cit., III, 541, y, sobre todo, CLARET Y MARTÍ, *Sociedades Anónimas*, Barcelona, 1944, quien sostiene radicalmente que en nuestro derecho impera el criterio de la forma por el mismo C. c., cuyo artículo 1.677—por una errata, sin duda, se lee en su obra “1.671”—interpreta en el sentido de que a las sociedades civiles con forma de alguna de las reconocidas por el C. de c. se les debe aplicar todo éste, incluso quiebra y suspensión de pagos. V. págs. 14 a 18.—Hay que advertir, como ya antes hemos dicho, que la situación ha cambiado, en parte, durante la conclusión de este artículo, con la nueva Ley de Sociedades Anónimas, cuyo artículo 3.º dispone que “la sociedad anónima, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil; y en cuanto no se rija por disposición que le sea específicamente aplicable, quedará sometida a los preceptos de esta Ley”. Pero, en cuanto a las demás formas, continúa la cuestión palpitante.

el 123, en que al clasificar las Compañías mercantiles por la índole de sus operaciones, deja la puerta abierta a "otras especies, siempre que sus pactos sean lícitos, y su fin *la industria o el comercio*, y el 124, que considera mercantiles y sometidas a las disposiciones de dicho Código, a las Compañías de Seguros contra incendios, a las de combinaciones tontinas sobre la vida, cooperativas de producción, crédito o consumo, sólo "cuando se dedicaren a *actos de comercio extraños a la mutualidad*, o se convirtieren en Sociedades a prima fija"; todos estos datos, decimos, abonaban el sostenimiento de la regla distintiva basada en el objeto social. En nuestra modesta opinión, el art. 116 del Código de comercio actual, ni por su inferioridad numérica—uno contra cuatro—, ni por su sentido o tono, tan poco expresivo para lo que se le hizo decir en temerarias interpretaciones, podía considerarse capaz de transmutar tan radicalmente el criterio objetivo que antes venía rigiendo.

En efecto; cuando dice dicho precepto que el contrato de compañía que define "será mercantil cualquiera que fuere su *clase* siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código", esa *clase* que resulta indiferente, siempre que se constituya conforme al Código mercantil, no puede referirse a *la naturaleza de esencia* civil o mercantil de sus operaciones, sino a especies o individualidades más próximas, dentro del mismo género, que tienen un más común denominador. O bien a la clase colectiva, comanditaria o anónima; o quizá más propiamente a la diversidad de Sociedades de crédito, Bancos de emisión o descuento, Compañías de crédito territorial, etc., aludidos en el artículo 123. No hay que olvidar que ya en el artículo 1.º califica de comerciantes a los efectos de dicho Código: "2.º Las Compañías *mercantiles o industriales*—sólo ellas y no cualesquiera otras—que se constituyesen con arreglo a este Código". En el orden social, y dada la diversidad legislativa aplicable, la naturaleza civil o mercantil es algo que pertenece a la esencia y cualidad característica de cada ser, prejuzgando su índole peculiar de honda raigambre y particularidad, imposible de borrar con una simple indiferencia clasista extraída de la vaga expresión de un artículo aislado, en contra de tantos que claman por su subsistencia. Lo que pasa es que así como para el comerciante individual basta su existencia capaz y dedicación a la actividad mercantil, para poder ser tenido por tal el comerciante colectivo, supuesta su dedicación, o mejor, finalidad mercantil, se requiere su *constitución conforme al Código*—escritura pública e inscripción en el Registro—, so pena de limitar o relegar su validez a las relaciones "interpartes". Esta constitución, con arreglo a las disposiciones del Código, es simplemente, una remisión al artículo 119 (49).

(49) V. en análogo sentido, GARRIGUES, ob. y lug. cit., págs. 382 y ss., así como la sentencia de 14 febrero 1945 y el contundente comentario de POLO, en "Rev. de Der. Priv.", año 1945, págs. 327-329, donde se verá también, a la par

Ahora bien; la determinación de la materia que puede constituir el objeto de la sociedad civil se obtendrá por exclusión o eliminación de la que es peculiar de la sociedad mercantil, dada la especialidad y consiguiente criterio limitativo propios del Código de comercio que reglamentan las últimas (50).

En nuestro Derecho positivo la catalogación o calificación mercantil de las sociedades es fruto de una enumeración específica y de una referencia genérica.

Según la primera, son mercantiles: 1.º Bancos territoriales, agrícolas y de emisión y descuento.

2.º Sociedades de crédito y de préstamos hipotecarios.

3.º Sociedades concesionarias de ferrocarriles, tranvías y obras públicas.

4.º Sociedades de minas.

5.º Sociedades de Almacenes Generales de Depósitos.

que el razonamiento avalorando la buena doctrina, las fluctuaciones anteriores de la jurisprudencia, fruto a nuestro juicio de las nubosidades que oscurecen, por exceso de inercia quizá, la mente doctrinal. En cuanto a la invocación que GIRÓN TENA hace (*Sociedades Civiles y Sociedades Mercantiles*, "Rev. de Derecho Mercantil", 1947, jul-ag., págs. 32-33) de las palabras escritas sobre esto por GARRIGUES en su *Curso de Derecho Mercantil*, y reproducidas en el Tratado, para fundamentar una interpretación omnicompreensiva (real y formal) en cuanto a la calificación de las sociedades en el C. de c., nos parece expuesta a confusión por su parcialidad. Bien claras son las palabras de GARRIGUES, un poco anteriores a las que transcribe GIRÓN TENA: "Pero en el sistema del Código de comercio la falta de escritura pública y de inscripción no es obstáculo a la denominación de compañía mercantil, cuya constitución, como se desprende del artículo 119, parece ser un hecho anterior a la inscripción y a la escritura. Supone este precepto que la compañía existe, al menos en el aspecto interno como contrato, si reúne los requisitos esenciales del derecho (v. art. 11), pero antes de dar principio a sus operaciones (aspecto externo), le impone que haga constar su *constitución*, pactos y condiciones en escritura pública, etc. Hasta entonces tendremos una compañía sin personalidad para el tráfico jurídico (v. artículo 118, *a contrario sensu*, pero será sin duda una *Compañía mercantil*, que en sus relaciones internas, habrá de regirse por el C. de c. (Curso..., I, 162; Tratado..., I, 282-283). Por lo demás, en cuanto a este aspecto del criterio diferenciador parece que las conclusiones extraídas por GIRÓN TENA de su erudito y documentado trabajo quedan cortas. Le parece evidente y claro "que el criterio objetivo está en la mente del legislador" mercantil, si bien cree "que el legislador piensa que las sociedades para fines comerciales deben acogerse a los tipos del Código" aunque reconoce que "sufrieron un poco de embriaguez de libertad", y el artículo 122 "permite la atipicidad, pero orienta hacia las figuras típicas, que son las que el legislador ha pensado como corrientemente propias de las actividades mercantiles", por todo lo que insiste en que "en la conexión entre los criterios de la forma y del objeto está el *quid* de la distinción y relaciones entre sociedades civiles y mercantiles". Y prescindiendo de ulteriores desarrollos y estudios "de lo que, desde el punto de vista de la jurisprudencia cautelar habría que hacer: lo que se refiere a sociedades que van a fundarse"—que como hemos apuntado al comienzo de este nuestro estudio encierra el máximo interés—, se limita a examinar la reglamentación de los supuestos dados. (V. ob. y lug. citados, págs. 42-43 y 45.)

(50) V. HERNÁNDEZ-GIL, *El Concepto del Derecho Civil*, "Rev. de Derecho Priv.", 1943, junio, pág. 405.

6.º Sociedades de formación de capitales, rentas vitalicias y de seguros.

7.º Compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios a la vejez y cualquiera otra clase, y Cooperativas de producción, de crédito o de consumo que se dediquen a actos de comercio extraños a la mutualidad o se conviertan en sociedades a prima fija (arts. 117, 123 y 124 C. de c.).

8.º Compañías dedicadas a verificar transportes para el público (art. 349, 2.º), así como las navieras o de navegación.

Conforme a la segunda o referencia genérica—que tiene también alguna alusión específica en el artículo 117: “Sociedades... fabriles”—lo son todas aquellas que “tuvieren por objeto cualquier empresa industrial o de comercio” (arts. 1.º, núm. 2.º; 117, 123 y 124 C. de c.).

La sociedad mercantil está, pues, caracterizada, aparte esa enumeración específica de sus actividades, por su dedicación a la industria o al comercio (arts. 117, 123 y 124 C. de c.)—lo mismo que, según el artículo 1.º, núm. 1.º, son comerciantes individuales “los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente”—por lo que será preciso investigar, breve y sumariamente, la caracterización de la materia mercantil en las disposiciones del Código.

Mas en esto creo hay que tener en cuenta una distinción previa, que seguramente será fecunda para resolver algunas cuestiones que con motivo de actividades complejas plantean ciertos autores. Y es que la materia mercantil no debe confundirse o identificarse, a nuestra actual finalidad, con los llamados actos mercantiles. No es lo mismo la determinación de lo que constituye el objeto o ámbito a que se aplica el Código de comercio—sumisión—, que la actividad constitutiva de la cualidad, individual o colectiva, de comerciante—caracterización—. Los actos mercantiles, por determinación legal, quedan sometidos al Código de comercio, sea cual fuere el que los ejecute si la cualidad de su agente no es condición de su calificación (51); la actividad comercial o los actos de comercio constituyen el *status* de comerciante por su repetición o habitualidad—en los individuales—o por su especial dedicación—en los colectivos—(52). Esta coincide, en términos generales, con el concepto económico del comercio; aquéllos adquieren cada vez una mayor expansión, originando lo que algunos autores califican de concepto jurídico del comercio, con la crítica de otros no menos autorizados (53).

(51) Artículo 2, pár. 2.º, C. de c.

(52) Artículos 1.º, 117, 123 y 124 del C. de c. Por lo demás, nos parece patente y aplicable a nuestro Derecho—el artículo 3.º del C. de c. sólo sienta una presunción—la diferencia que señala FERRARA y conforme a cuyo criterio las personas físicas serán comerciantes sólo *por efecto del ejercicio de una empresa o actividad mercantil*, mientras que las sociedades lo serán *desde el momento que se constituyan con ese objeto*. (V. *Empresarios y Sociedades*, ya citada, pág. 49; también, DE GREGORIO, *Delle Società...*, pág. 24.)

(53) V. GARRIGUES, *El Concepto del Derecho Mercantil*, “Rev. de Derecho Privado”, 1943, junio, 372, y *Tratado...*, ya cit., I, 12.

B) *La actividad comercial.*—La actividad comercial ha sufrido una evolución extensiva. Comenzó por ser exclusivamente una pura mediación—compra para vender *in natura* lucrándose en la diferencia de precio—, y acaba por comprender dentro de sí la industria y manufactura—compra para vender transformada la mercancía, lucrándose en la diferencia o utilidad de la transformación (54)—. Pero en términos generales, aun hoy, es correcto decir que la almendra o última esencia de toda la actividad comercial está en la compra para revender la mercancía (55), bien en su misma naturaleza o bien manipulada o transformada, con ánimo de lucrarse en la operación. Y así nos hablan todavía los autores de que “la compraventa se concibe como la actividad más típica e importante de los establecimientos mercantiles, aquella que constituye el índice externo de su profesión, la que les impone obligaciones contables, fiscales y de todo orden” (56).

Esta misma asimilación o identidad conceptual de la compraventa mediadora, pura o transformadora, impera también en el vigente Código de comercio español como su operación fundamental o matriz. No sólo se trasluce ello en esa reiterada alusión dual que se hace para calificar de comerciantes o mercantiles a las sociedades—“Son comerciantes... 2.º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyen...” (art. 1.º); “... Será libre la creación de Bancos territoriales... y demás asociaciones que tuvieren por objeto cualquier empresa industrial o de comercio” (art. 117); “Por la índole de sus operaciones, podrán ser las Compañías mercantiles: Sociedades de

(54) “Comercio es el conjunto de actividades que efectúan la circulación de los bienes entre productores y consumidores”... “el ámbito del Derecho mercantil se extiende hoy a la industria manufacturera y a todas las industrias que se organizan en forma mercantil” (GARRIGUES, *Concepto del Derecho Mercantil*, cit., 370 y 371). Para la evolución del concepto “comercio” puede verse el mismo GARRIGUES, *Tratado...*, ya cit., I, 7 y ss., así como el magnífico trabajo de POLO, *La calificación mercantil de la reventa*, “Rev. de Der. Priv., 1945, mayo, principalmente págs. 288 a 295.

(55) No sólo de la actividad comercial, sino de la misma legislación mercantil. “La venta es el tejido conjuntivo de la actividad comercial y es la matriz de casi todas las normas que se han convertido en normas generales de los contratos mercantiles. Sería profundamente contradictorio admitir una disciplina objetiva de la venta comercial y negar la disciplina objetiva general de los contratos comerciales. Por consiguiente, hay que imprimir carácter objetivo a la regulación de la compraventa mercantil y aceptar el carácter objetivo de las normas generales sobre las obligaciones y los contratos mercantiles” (LANGLE, *La autonomía del Derecho Mercantil*, “Rev. Gener. de Leg. y Jur.”, 1942, junio, página 591).

(56) V. POLO, trabajo y lug. cit., pág. 287, quien más adelante abunda en las mismas ideas: “La historia del comercio se ha identificado, no sin cierta razón, con la de la compraventa mercantil. A tal extremo se llega en esta asimilación que no han faltado autores y tendencias en todos los tiempos que hayan pretendido obtener el concepto de aquél a través de la función que por ésta se cumple, considerándola como su manifestación más típica. Esta asimilación entre ambos conceptos—comercio y compraventa en sus dos manifestaciones, compra para revender y reventa en sí—está presente también en la propia doctrina del Tribunal Supremo”, y cita, en apoyo de su tesis, las de 4 julio 1925 y 15 junio 1926 (pág. 288).

crédito... Y de otras especies, siempre que sea su fin la industria o el comercio" (art. 123)—, sino también en la definición que da de la operación comercial característica: la compraventa mercantil.

En efecto: conforme al artículo 325, "será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, *bien en la misma forma que se compraran o bien en otra diferente*, con ánimo de lucrarse en la reventa". Rectificando perfiles de la innovación consagrada por el Código de 1829, identifica la conceptualización jurídica, con el común denominador mercantil, entre el antiguo mercader y el moderno industrial—mediador en la transformación—, dejando a salvo en el artículo 326, número 3.º, la auténtica personalidad del artifice antiguo o artesano moderno, en quien se da el productor—por la incorporación del trabajo propio o de los suyos a la materia—más que el industrial—o transformador de la materia comprada mediante el trabajo ajeno—(57).

Es decir; que aquí el Código nos da idea de la sustancia comercial, no sólo en sentido positivo, con esa definición del artículo 325, sino con el limitativo, excluyente o negativo del siguiente artículo 326, según el cual "no se reputarán mercantiles: 1.º Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquirieron (58). 2.º Las ventas que hicieron los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados o de las especies en que se les paguen las rentas. 3.º Las ventas que de los objetos contruidos o fabricados por los artesanos hicieron éstos en sus talleres. 4.º La venta que haga cualquiera persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo".

Entre estas dos nociones se da patente la idea mercantil, como expresiva de la actividad *mediadora*, por el comercio simplemente o por la industria transformadora; mientras queda al margen toda

(57) Según el clásico español Juan de HEVIA BOLAÑOS, "difieren el *mercader* y el *artifice*, en que el "mercader" es el que compra las mercaderías y obras hechas y las vende en la forma que las compró, sin mudarla en otra. Y "artifice" es el que compra las mercaderías y cosas y haze dellas obras, y las muda en otra forma diversa de la que tenían quando las compró, y así las vende, como lo define y distingue un texto canónico, y así, lo dispuesto en el mercader, no se entiende en el artifice, conforme una ley de Partida". ("Segunda parte de la *Curia Philípica* o *Laberinto del comercio terrestre y naval*, Madrid, 1557, pág. 2, cit. por POLO, ob. y lug. cit., pág. 292".) Esto de excluir de la especial regulación mercantil a los artesanos—transformadores por trabajo propio o y de su familia—como más propiamente productores que mediadores, se conserva, junto a los productores e industriales agrícolas, aun en Código tan omnicompreensivo y de atracción a la esfera mercantil como el italiano de 1942. V. artículo 2.202, en relación al 2.083, y FERRARA, ob. cit., 39 y ss.

(58) En cuya congruencia, sin duda, se excluye por el artículo 124 del concepto mercantil las Cooperativas de consumo. Claro que actualmente y en España, al menos, ninguna Cooperativa parece puede considerarse sociedad mercantil. V. POLO, *Misión y sentido de la nueva Ley de Cooperación*, "Rev. de Derecho Privado", 1942, págs. 213-233 y 273-277.

actividad *productora*, a la que se asimila, para la exclusión, la consumidora (59).

Pero esa mediación característica de lo mercantil, no es la aislada u ocasional, sino la reiterada, habitual o de profesión (60). Como dice Vicente y Gella, "el tráfico mercantil nunca se realiza en la práctica mediante una operación aislada. Lo que caracteriza esta clase de actividades es precisamente esto, el ser un *tráfico*, una serie de negocios realizados sucesivamente. Un conjunto de actos que adquieren su relevante utilidad económica, que pueden exigir una disciplina jurídica especial, por el hecho de verificarse los unos con relación a los otros, formando todos ellos una cadena..." (61).

Lo que sucede es que históricamente, junto a la actividad fundamental de mediación—la *compraventa para revender*—que acerca los productos al consumidor, han nacido otras que la complementan o facilitan, llegando algunas a ser utilizadas, por las innegables ventajas que proporcionan, incluso al margen y por personas ajenas a la actividad mediadora sustancial; pero que en su desempeño repetido y habitual, tienen que implicar actividad comercial. Y así puede afirmarse que hoy la actividad mercantil está constituida por las siguientes:

"a) Aquellas que hacen pasar las mercancías del productor al consumidor, y el precio del segundo al primero. Es la noción del comercio en sentido económico.

(59) En la exclusión de los productos elaborados por los artesanos, si bien pueden ser—y a menudo lo serán—meras transformaciones, lo mismo que en los industriales, la diferencia está en que en aquéllos se obtiene por el trabajo propio del productor o de su familia, mientras en éstos el empresario es un *mediador* y organizador del trabajo de sus operarios que efectúan la transformación. Nos parece útil, aun en nuestro Derecho, la concepción de FERRARA, que "tiene en cuenta la posición en que se haga la organización creada respecto a la actividad del empresario en la producción de los bienes: si la organización es un medio para el desenvolvimiento de la capacidad técnica laboral del sujeto y, por tanto, es funcionalmente instrumental respecto a la actividad personal del empresario, que *tiene carácter preeminente*, nos hallamos en la esfera del artesano y de la pequeña empresa. El producto es obra del *trabajo personal del artesano*, aunque se haya servido para realizarlo de los elementos organizados en la empresa. Si, por el contrario, la organización tiene una función preeminente, limitándose el empresario a una actividad de coordinación o de dirección, por lo cual el bien producido es obra de la empresa dirigida por él, estamos en la esfera de la industria. Se comprende fácilmente que no importa el número de colaboradores de que se valga el sujeto, sino que lo importante es a quién debe referirse la *prestación ofrecida al público*". (Ob. cit., 40.) Nos hemos extendido en traer estas ideas, por considerar posible la asociación de dos o más artesanos para una colaboración personal en su trabajo, con algunos auxiliares, cuya sociedad no tendría ambiente, en nuestro derecho, para ser reputada mercantil.

(60) "Cuando el párrafo 1.º del artículo 1.º define el comerciante en función del ejercicio habitual del comercio, piensa claramente en aquellas operaciones mercantiles fundamentales que, *realizadas profesionalmente*, constituyen el exponente más cualificado de la actividad de una persona, que hace de este ejercicio de modo habitual su ocupación principal y medio propio de vida" (POLO, Trab. y lug. cits., pág. 300).

(61) Ob. y lug. cits., 21.

b) Determinadas operaciones que, si bien no tienen por objeto el cambio propiamente dicho, cooperan a la realización de aquél como complemento necesario de las anteriores—comisión, depósito de mercancías, seguro de éstas, afianzamiento, préstamos mercantiles, contratos de comercio con sus auxiliares, etc.—.

c) Actividades que, desenvueltas en el seno del comercio, son, sin embargo, utilizadas en el momento actual por toda clase de personas, y que presentan, aun frente a sujetos no comerciantes, los mismos caracteres y estructura que revistieron cuando el tráfico las concibió y conservaron en todo su desenvolvimiento—instituciones cambiarias, negocios de banca, títulos de crédito, operaciones de Bolsa, seguros personales, comercio marítimo, etc.—” (62).

En síntesis y conforme a las elcuentes palabras de Garrigues “comercio es el conjunto de actividades que efectúan la circulación de los bienes entre productores y consumidores... actividad mediadora estricta, en la que no participa ni el productor ni el consumidor (cf. número 2.º, art. 326 del C. de c.: no se reputan mercantiles las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados); actividad mediadora que realiza o facilita el cambio de bienes, como cosa opuesta a la producción y a la adquisición para el consumo propio (cf. núm. 1.º, art. 326 del C. de c.: no se reputa mercantil la compra de efectos destinados al consumo del comprador); actividad mediadora cuya manifestación típica está en la circulación de la riqueza mobiliaria (mercancías, títulos y dinero son el objeto clásico de las transacciones mercantiles); actividad mediadora que va ligada, en relación de causa a efecto, a la idea de especulación o propósito de obtener una ganancia, no aislada y esporádica, sino reiterada, habitual, como fuente constante de ingreso (nota de profesionalidad)” (63).

3. *Sociedades civiles por su objeto; casos dudosos.*—Según el precedente estudio y delimitación de la actividad comercial en sentido amplio, podemos sentar esta conclusión: serán sociedades mercantiles las que se constituyan para dedicarse a aquellas actividades mediadoras; y civiles las que tienen por objeto todas las actividades productoras y económicas con finalidad lucrativa que no cumplan funciones esencialmente mediadoras (64) (65). Mas la dificultad surge

(62) VICENTE Y GELLA, *idem*, id., 43.

(63) *Tratado...*, ya cit., I, 1.º, 9-10.

(64) No creemos que esta restrictiva limitación de que aquí partimos signifique la menor injuria a las modernas ideas mercantiles inspiradas por la noción *empresa* “strictu sensu”. El hecho de que hoy se atienda cada vez más a la existencia en el agente que se trata de calificar de la organización formal de su negocio como empresa o de la realización de sus negocios en serie o masa, es muy comprensible y de gran valor significativo tratándose del comerciante individual, cuya calificación pende de la exteriorización de su actividad; y aun eso, no sin más e independientemente de la cualidad intrínseca de los actos a que la organización se refiera, sino sobre la base de la naturaleza comercial de aquéllos. Pero esto carece de relevancia en cuanto a la cualidad de las sociedades que en su mismo nacer a la existencia deben llevar insita y exterior-

y se agiganta en cuanto nos enfrentamos, en el palenque de la práctica, con tales actividades que o no se presentan ya *ab origine* con esa nitidez de líneas y perfiles, o no conservan siempre su pureza inicial.

A) *Sociedades agrícolas*.—Ocupan el lugar más preeminentemente indiscutible del campo societario civil las constituidas para la explotación agrícola o análogas actividades, como la selvicultura y ganadera. Pero aun aquí, algunos autores hacen la salvedad de los casos en que “por la honda transformación a que someten los productos del suelo o del subsuelo se conviertan en verdaderas empresas manufactureras”. Así, según Ponsa Gil (66), “en principio general se consideran como civiles las sociedades constituidas para la explotación del valor de un inmueble, el cultivo del suelo o la venta de sus productos, perteneciendo en propiedad el objeto explotado a la sociedad y podrán hacerse transformaciones en esos productos para mejorarlos o aumentar su valor en venta, pero si la transformación fuese tan intensa que convirtiese en una nueva mercancía, en un nuevo producto, el objeto explotado, podría constituir una industria agrícola y convertir en comercial el objeto de la sociedad, como por ejemplo, la sociedad que fabrica azúcar con la remolacha de su propiedad. No se considera acto comercial, en cambio, la destilación del vino por el propietario de la uva” (67).

A primera vista, al menos, esta salvedad no aparece nada convincente, y menos aún esa distinción entre transformar la remolacha en azúcar y la uva en vino. Tal aprovechamiento natural y conexo del cultivo de remolacha se diría que es su conversión en azúcar, como el vino respecto a la vid. Tanto una como otra implican explotación de productos propios, sin mediación alguna entre productor y consumidor, que es la sustancia comercial; y no se ve por qué deba significar nada, en criterio jurídico de su calificación, el que las operaciones transformadoras sean más o menos complicadas. Ello, claro está, siempre que la remolacha con que se elabora el azúcar sea producto de los cultivos propios, lo mismo que en la uva respecto al vino e igual que la aceituna en cuanto al aceite. Caso distinto será si la mayoría de aquella materia prima es, habitualmente, fruto de la compra a otros cultivadores; pues aun la compra de pequeñas cantidades complemen-

rizante la dedicación a lo que constituye su objeto, su finalidad, suficiente a catalogarlas. Aun así, considero actuante aquella diferencia, recogida de FERRARA y DE GREGORIO en la nota 52: que las personas físicas son comerciantes por efecto de ejercicio de una Empresa o actividad mercantil—de ahí la importancia de apreciar esta empresa polarizadora—, mientras que las sociedades lo son por el hecho de constituirse con esa finalidad.

(65) Si la sociedad se propone un fin social desinteresado y espiritual, ¿no será más correcto pensar que se trata de una asociación? V. A. HERRÁN, en “Rev. de Der. Priv.”, 1944, pág. 400, *Cuestiones prácticas*.

(66) Cuya opinión parece compartir CASTÁN. V. su *Alrededor de la distinción...*, cit., pág. 21.

(67) *Sociedades civiles y mercantiles*, I, pág. 107, citado por CASTÁN, *Alrededor de la distinción...*, pág. 21, núm. 1.

tarias y eventuales, tampoco nos parece suficiente para alterar la calificación civil de aquellas sociedades.

En apoyo de esta nuestra modesta opinión, quizá podamos alegar, aparte la lógica del razonamiento en ausencia de un precepto legal que dé pie a la posición contraria, algunas conclusiones de Derecho comparado que avalen la corrección de la tesis.

Así, en Italia, aunque durante el régimen del C. de c. de 1882, dominado por la mercantilización de las actividades en empresa, había alguna tendencia a considerar comerciales las actividades que transformarían algunos productos agrícolas o cuya empresa revistiese una compleja organización similar a las sociedades mercantiles, bien por considerarlas incursas en el concepto "empresa de manufactura" aludida por el artículo 3.º núm. 8.º, o bien por considerar insuficiente para su regulación las leyes de la sociedad civil, era bastante dilatada y genérica la interpretación que daban a la civilista excepción: "los productos del fundo suyo o por él cultivado" (68).

En Francia, según aprendemos de Escarra (69), "la transformación necesaria para realizar—o vender—el producto natural de la explotación no es más que una actividad industrial complementaria adjunta a la explotación principal y; conforme a la jurisprudencia, no tiene por efecto conferir al agricultor la cualidad de comerciante. Esta solución se da para la transformación del trigo en harina, de la aceituna en aceite, de la uva en vino, de la leche en mantequilla o en queso. Ello cesa de ser exacto—y es una cuestión de hecho—desde que la industria de transformación, en lugar de tener un carácter simplemente complementario, es preponderante respecto a la explotación agrícola. Es el caso del industrial que aun teniendo tierra consagrada al cultivo de la remolacha, transforma en azúcar cantidades de remolacha muy superiores a las que cosecha. Hay entonces empresa de manufactura, que es un acto comercial (art. 632, pág. 2)".

Esta configuración delimitada de lo que, a estos efectos diferenciadores, significa en sentido jurídico la explotación agrícola propiamente dicha, la hallamos más concreta en el nuevo Código civil italiano y su interpretación doctrinal. Según el artículo 2.135, "es empresario agrícola aquel que ejerce una actividad dirigida al cultivo de la tierra, a la silvicultura, al recrío de ganado y a las actividades conexas. Se reputan actividades conexas las dirigidas a la transformación o a la enajenación de los productos agrícolas, cuando forman parte del ejercicio normal de la agricultura". Y explicándolo, dice la doctrina que "todas estas actividades—cultivo de la tierra, silvicultura, recrío de ganado—tienen de común el disfrute de la tierra y de sus condiciones

(68) Se sigue considerando civil la venta de leña y del carbón obtenidos de los bosques propios o cultivados, la compra de uva o vino a terceros para completar y mezclar con el producto propio, las sociedades para la venta de leche o los lacticinios—queso, manteca, etc.—elaborados con la leche aportada por los socios como producto de sus ganados, las sociedades de floricultura y horticultura. V. TARELLO, *La Società civile*, cit., págs. 67-76.

(69) *Manuel de Droit Commercial*, I, 65.

productivas, diferenciándose según el modo como se emplean, según que se utilice directamente la tierra cultivable por medio de sus cultivos efectivos, o bien en su porción de bosque o bien por medio de otros productos naturales del suelo dedicados a la ganadería. Como la ley habla genéricamente de *recrio de ganado* debe creerse que esa actividad será agrícola sólo en cuanto se refiera y se relacione con el disfrute de la tierra, y, en cambio, debe observarse que no queda limitado a aquellos animales que se entiende corrientemente por "ganado" (vacas, ovejas, caballos y cerdos), sino que comprende también cualquier otro animal, ya que en definitiva se realiza una utilización y transformación de los productos del suelo (avicultura, cunicultura, etcétera)". "Además de las tres actividades citadas concretamente, entran en el concepto de agricultura las *actividades conexas*, como la vinificación, la oleicultura, las producciones de mantequilla y queso, etcétera. Hay en estos aspectos una actividad manufacturera ciertamente, pero como *es dependiente funcionalmente de la actividad agrícola*, en cuanto que se dirige a la mejor conservación de los productos de la tierra o del recrio y a lograr una mayor comercialidad de los mismos, es evidente que tiene una naturaleza agrícola".

Mas la doctrina italiana se da cuenta pronto de que la vaguedad o amplitud conceptual de esas actividades conexas puede derivar hacia fluctuaciones deformantes. "Se juzga, empero—sigue escribiendo el mismo autor—, que la relación de subordinación y de dependencia puede faltar en algún caso concreto, bien por la magnitud de las instalaciones, bien por lo complejo de las manipulaciones a que se somete el producto, que no se justifican por la razón de conservarlo o de aumentar su comercialidad, por lo que la actividad colateral desarrollada viene a constituirse en objeto de una especulación autónoma, independiente de la agricultura, y, por tanto, no debe ser agrícola". Y surge el problema hirsuto, pero acuciante, de cuando se da esa disociación o aislamiento. Conforme al párrafo segundo del artículo citado, "para que exista una actividad conexas son necesarias dos condiciones: a) que se trate de una actividad encaminada a la transformación o a la venta de productos agrícolas, o sea de los obtenidos por el cultivo de la tierra, de la silvicultura o del recrio de animales; b) que tales actividades formen parte del ejercicio normal de la agricultura". Y comentando esta doble exigencia legal, se dice: "a) Se comprende que tal actividad debe referirse a los productos agrícolas de la *propia hacienda*; la transformación o la venta de productos ajenos no podría considerarse como actividad conexas, pues faltaría toda relación entre la actividad agrícola y esta otra colateral" (70). "b) Para apreciar la *normalidad* exigida es

(70) "La transformación de cualquier producto de la actividad agrícola pueden constituir una actividad conexas. Así, en relación con el cultivo de la tierra lo son la transformación de la uva en vino, de las aceitunas en aceite, del trigo en harina, de la leche en mantequilla y queso, las conservas de frutas y, circunstancialmente, también la elaboración del cáñamo y del esparto. Del mismo modo en la silvicultura pueden ser actividades conexas el carboneo, la tala de árboles y su despiece, la producción de tablones para la carpintería,

preciso tener en cuenta *el modo de ejercer la actividad*, los instrumentos o máquinas que se emplean y los capitales invertidos para desarrollarlas. Tal normalidad se tiene que apreciar no con referencia a un tipo abstracto de agricultura o de hacienda agrícola, sino *en concreto*, caso por caso, en relación con la magnitud de la empresa agrícola y los medios de que se vale. Se trata de un criterio esencialmente relativo; por eso, una misma actividad económica (por ejemplo: una quesería o un molino) ejercida con idéntico empleo de capital puede considerarse conexas respecto a una hacienda agrícola y no serlo en relación con otra. No tiene importancia que la actividad colateral se alimente exclusivamente con los productos de la actividad agrícola, pues puede darse el caso de que el cultivo de la tierra esté dedicado y planeado precisamente en función de la otra actividad, que tiene un valor absorbente y principal, como un medio de asegurar las primeras materias o de abaratar la producción (por ejemplo: el cultivo intensivo de la naranja dedicado a surtir una industria de conservas o mermeladas)" (71).

De todo esto podríamos extraer un criterio diferenciador para estos supuestos de actividad industrial conexas a la producción o extracción natural: si la aplicación industrial transforma, modifica o mejora lo que en estado natural tiene ya un regular valor comercial insito o propio, estaremos en el campo civil; si por el contrario, la segunda fase hace aptos para el mercado productos extraídos de algo que en estado natural tiene nulo o escaso valor comercial y cuyo cultivo se planeó supeditado y con miras a tal transformación, penetraremos de lleno en el terreno industrial y consiguiente mercantilización de la Empresa. Pero aún en el primer supuesto, habrá que recelar de su absolutidad y atender en cada caso a los grados o términos de accesibilidad o supeditación en que la industrialización se encuentre respecto a la producción o a la inversa.

Así, por ejemplo, una Sociedad que monta una gran fábrica azucarera, y como complemento de ella, adquiere y arrienda terrenos en que cultivar remolacha para asegurarse un mínimo de materia prima y regular su producción industrial complementada con adquisición eventual de remolacha a terceros o productores extraños, habrá que enmarcarla dentro de lo mercantil.

En cambio, una Sociedad que se dedica, mediante concesión del Estado, a la producción de semillas seleccionadas, y adquiere grandes fincas, arrienda otras y explota, como complemento de la finalidad fundamental y cual secuela propia, la producción agrícola normal, montando incluso industrias aprovechadoras y supervalcrantes vitícolas,

etcétera. Y en las actividades ganaderas son conexas, entre otras, la conservación de la carne salándola (jamón y cecina) o envasada o de cualquier otro modo; la preparación de pieles; la producción de mantequilla y de quesos, etc. En suma, la transformación de cualquier producto de la actividad agrícola puede constituir una actividad conexas". (Idem id.)

(71) V. todo esto en FERRARA, "Empresarios y Sociedades", ya cit., páginas 42-45.

de quesos y mantequilla, aceiteras, azucareras, etc., aunque en ocasiones precise adquirir uva, leche, aceituna, etc., de extraños productores para regularizar y completar el normal desarrollo y rendimiento de esas subordinadas y accesorias industrias, no parece que pierde el carácter civil que corresponde a su actividad matriz y fundamental.

Cosa parecida puede pensarse de las actividades pesqueras, tanto de altura como de bajura, y su correlación con la industria salazonera aplicada al servicio de aquellas, para facilitar su venta o comercialización: así, las sociedades bacaladeras v. gr., que con barcos propios extraen el bacalao que luego en sus factorías se deseca y prepara para el comercio, será indudablemente civil; mientras la empresa que con barcos propios se dedica a la captura de la ballena u otros cetáceos para la extracción de aceites y grasas y su consiguiente industrialización, parece rebasar la propia naturaleza civil, para incidir en plena actividad industrial mercantilizada: la actividad pesquera se presenta como auxiliar para procurar un *mínimum* de materia prima y asegurar su baratura con vistas a nutrir la fundamental industria de aceites y grasas animales—máxime mientras no se generalice más el autorizado consumo de la carne de ballena para la alimentación humana—.

B. *Sociedades inmobiliarias*.—Sabida es la evolución que sobre esto ha habido en nuestra legislación. El art. 360 del Código de comercio de 1829 negaba expresa y radicalmente a las compras de bienes raíces la calidad mercantil (72); en el art. 325 del vigente ha desaparecido tal exclusión, y aunque se refiere a la compraventa de bienes muebles, solamente, haciendo sospechar (73) que implícitamente quedaban excluidos los inmuebles, la exposición de motivos aclara que la omisión no fué intrascendente, sino buscada y significativa de abrir la puerta a la inclusión de los inmuebles dentro del tráfico mercantil si reunía las demás circunstancias que justificaran la calificación. Refiriéndose a particulares o sociedades que compren terrenos para revenderlos parcelados o después de construir edificios para viviendas, para laboreo de minas o cualquier otro uso o explotación, dice que "todas estas empresas ejecutan verdaderos actos de comercio, porque la compra de bienes inmuebles no es su fin principal, sino sólo una de

(72) Tal criterio parece fué bastante general. ESCARRA dice que los argumentos en que se apoyaba eran, de una parte, la imposibilidad de aplicar a los inmuebles las reglas de prueba simplificadas del articulado del Código de comercio; de otra, la imposibilidad de someter al conocimiento de la jurisdicción comercial los litigios sobre la propiedad y los derechos reales, que orgánicamente pertenecen a la competencia de los Tribunales civiles. Cuyos argumentos carecen hoy de razón de ser ante la realidad práctica de gentes que invierten grandes capitales en compra de casas y terrenos para revenderlos, lo que indujo al legislador francés, si bien por una ley fiscal (de 13 de julio 1925) a considerar comerciantes a los individuos y sociedades que se dediquen a operaciones de mediación en compra o venta de inmuebles, tras lo cual, con su inspiración y apoyado en la accesoriedad, la jurisprudencia más reciente tiende a incluir, en cuanto cabe, tales operaciones en el campo mercantil. V. ob. y lug. cits., páginas 67-68 y 80-81.

(73) Como ocurrió en Francia. V. ESCARRA, ob. y lug. cits., pág. 67.

las operaciones. Por eso, si bien la simple compra de bienes raíces no constituye un acto mercantil, podrá adquirir semejante carácter cuando vaya unido a otra especulación sobre efectos muebles corporales o incorporales" (74).

Pero distinto es, en todo, el caso de aquellas sociedades inmobiliarias que compran casas de habitación o construyen otras de nueva planta o sobre otras de menos importancia derribadas, para dedicarlas a su explotación mediante arriendo o alquiler. No parece que haya aquí ninguna razón científica y menos aún apoyo legal positivo que obligue a su calificación mercantil. Tal operación constituye una explotación normal, adecuada a su naturaleza, de algo, como los bienes raíces, sustraído, en principio, a la materia mercantil. Como dice muy bien Valdés Villabella, "la—sociedad—Inmobiliaria tipo, que construye y adquiere edificios para cederlos en régimen de arrendamiento o similar... no realiza actos de comercio; tiene un objeto indudablemente civil. Arrendar edificios, sea para vivienda, sea para negocios o industria, es siempre acto esencialmente civil. Desde todos los puntos de vista" (75).

Esta diferenciación entre la compra para revender o la compra para arrendar, ya la estableció también Ponsa Gil con el mismo criterio: "Si la sociedad se ha formado para adquirir fincas... urbanas y explotarla, con el alquiler, tendrá la consideración de sociedad civil, pues va a explotar lo que constituirá su propiedad" (76).

C. *Sociedades mineras*.—No del todo clara se presenta la cuestión en nuestro Derecho. En principio, y desde el punto de vista científico, parece han de ser civiles. Paladinamente declara Castán "que tanto las constituídas para la simple investigación de minerales, como las formadas para obtener la concesión de una mina o para explotarla, se reputan sociedades civiles, aun cuando accesoriamente hayan de realizar las operaciones de comercio necesarias para conseguir en las mejores condiciones posibles su objeto principal" (77).

Pero en contra de esta apreciación tenemos en el derecho positivo el art. 125 del vigente C. de c., según el cual "Por la índole de sus operaciones, podrán ser las compañías mercantiles: Sociedades de crédito... *Compañías de minas*... Y de otras especies, siempre que... sean su fin la industria o el comercio".

Es verdad que, como dice Castán, de los preceptos pertinentes del Código de comercio—art. 2.º 325 y 326—se desprende que la explotación de una mina no es acto de comercio. Pero, en cambio, no parece tan contundente que por haber declarado el Tribunal Supremo en Sentencia

(74) V. el texto de la Exposición que reproduce CASTÁN. *Alrededor de la distinción...*, pág. 22, núm. 1.

(75) *Sociedades inmobiliarias urbanas*.—*Estudio económico, jurídico y fiscal*, Madrid, 1947, págs. 31-32. Ya, también, MUÑOZ y NÚÑEZ DE PRADO. Librería "Rev. Der. Priv."

(76) *Sociedades civiles y mercantiles*, I, pág. 107, cit. por CASTÁN, ob. citada, pág. 32, núm. 2.

(77) Ob. cit., pág. 32. Y la misma opinión parece que sustenta PONSÁ GIL, ob. y lug. cit., pág. 106, según alusión que hace CASTÁN, ob. y lug. cit.

de 5 de diciembre de 1902 que "el subarriendo de una mina para su laboreo y explotación no está comprendido entre los actos de comercio de que este Código trata, aunque los contratantes sean sociedades u otras personas jurídicas", se pueda inferir que será sociedad civil la que se dedique a este negocio (78).

En el Derecho comparado parece destacar un hecho evidente: la sustracción al Código civil de las sociedades explotadoras de minas en correlación y por influencia, quizá, de las especialidades que reviste la propiedad de minas, con reflejos en todos sus aspectos jurídicos. Por el mismo Castán aprendemos que "en el derecho alemán la sociedad para la explotación de minas (*Gewerkschaft*) constituye un tipo originálimo de sociedad con normas especiales, que ni puede catalogarse como sociedad civil ni se adapta tampoco a los moldes de las sociedades mercantiles" (79). En cuanto a Francia, ya hemos visto antes cómo la Ley de 9 de septiembre de 1919 comercializó la explotación de las minas, obligando a adoptar la forma mercantil a las sociedades que en adelante se constituyeran con aquella finalidad; y si bien las sociedades civiles anteriormente dedicadas a tal objeto no variaron de forma, si adquirieron la cualidad de comerciantes por el ejercicio profesional de actos de comercio (80). Respecto a Italia, si bien la jurisprudencia del siglo pasado consideró civiles las explotaciones mineras, bien pronto la doctrina empezó a sostener que las sociedades a esa actividad dedicadas debían ser consideradas como mercantiles, sea porque de ordinario disponen de grandes capitales, máquinas, medios de publicidad, que revelan la intención de especular, sea porque los inmuebles entran así en la órbita de la especulación comercial. Y la jurisprudencia fué aceptando dicha tesis. Otros autores, como Navarrini, se apoyaron en que las sociedades para extracción de mineral dan lugar a empresas que caían en la esfera del art. 3.º Y otros, por último, en que, como decía Simoncelli, "la sustancia de la mina está en ser fuente de mineral, y mineral, cosa y fruto es todo uno", por lo que la sociedad que explota la mina vende el mineral que ha comprado con intención de revender (81). Conforme a la actual legislación, ya se ha visto que sólo se excluye del

(78) *Idem id.*, pág. 24, núm. 4. No deja de ser sintomático que la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 21 mayo 1935, recoja, en su 4.º considerando, "que el artículo 123 del Código de comercio determina que "por la índole de sus operaciones", podrán ser las Compañías mercantiles, entre otras, "Compañías de minas", si bien la cuestión entonces se limitaba a dilucidar si la escritura constitutiva de sociedad debía o no inscribirse en el Registro mercantil, que se resolvió afirmativamente.

(79) V. su cit. *Alrededor de la distinción...*, cit., págs. 26 y ss.

(80) V. PLANIOL Y RIPERT, ob. y lug. cit., pág. 256; ESCARRA, ob. cit., I, página 63, quien justificando tal proceder, añade: "La explotación de los productos del suelo (industrias extractivas) no ha sido jamás considerada como teniendo carácter comercial, porque se hacía jugar aquí un concepto demasiado estrecho de la comercialidad. Pero cuando se ha dado cuenta de que una "empresa" tan importante como una mina tiene necesidad de un crédito reforzado, y que debe ofrecer a los terceros el máximo de garantías, no se ha podido hacer nada mejor que comercializar este género de explotación".

(81) V. TARELLO, ob. cit., págs. 74-76

concepto de empresa que se sume en la normación especial mercantilizada, aparte el artesano y el empresario menor, la empresa agrícola, cuyo concepto también hemos recordado, y dentro del cual no cabe en modo alguno, como aclara la doctrina, "el disfrute de los recursos minerales" salvo que se realice por el propietario de la finca o quien tiene derecho a su disfrute y sin que adquiera autonomía propia (82).

A la vista de una corriente doctrinal y legislativa de tal potencia y orientación, ¿cómo desentenderse de ese inciso del art. 123 del Código de comercio español, que considera como especie de compañía mercantil a las minas? Desde luego, no sin gran cautela en la estimación de las circunstancias concurrentes cabe, en mi modesta opinión, neutralizar esa calificación legal. Y no olvidar que el menor atisbo de comercialización que en dichas sociedades concorra, decidirá definitivamente por el lado mercantil la balanza calificadora, inclinada ya hacia él por el precepto citado, que es innegable.

D. *Otros supuestos dudosos.*—No es fácil concentrar y prever en un artículo todas las posibilidades más o menos dudosas que de la vida práctica cabe esperar. Pero si estimo viable aceptar como brújula orientadora, a falta de preceptos legales o elaboraciones de lógica jurisprudencial o doctrinal más segura, la norma que distingue según se trate de explotar producto propio o de mediar en el acercamiento al consumidor del producto ajeno. Su aplicación y empleo nos aclarará más de un caso con aparente solución contradictoria. Veamos algunos:

a) *Sociedades para suministro de agua, energía eléctrica, gas, etcétera.*—La consulta al derecho comparado nos da respuesta bastante contradictoria. La jurisprudencia francesa, sin muchos distinguos, considera civiles las sociedades para "la explotación de una toma o de una concesión de gas, o bien el suministro de agua potable a una ciudad", aunque propende a reputar mercantiles las de suministro en general (83). En cambio, el derecho italiano, ya bajo el C. de c. de 1882 por interpretación de su art. 3.º, tendía a considerar mercantiles tales actividades de suministro en su más amplio sentido y las sociedades que las tuvieran por objeto (84). A juicio de Castán, en medio de ambas posturas, impera la regla dicha: si la sociedad se constituye para poner en explotación el agua de una finca propia, recae sobre productos del suelo y es civil; si para el abastecimiento de una ciudad o para la conducción o distribución de aguas que no fueren de predio propio o para suministro de energía eléctrica producida por procedimientos industriales, será comercial (85).

b) Igual criterio podrá guiarnos respecto a Sociedades editoriales o de prensa periódica, empresas de espectáculos públicos, sociedades de profesionales, etc. Serán comerciales las editoriales normales que realizan mediación entre los autores y el público, "traficando" con el trabajo

(82) V. FERRARA, ob. cit., pág. 43.

(83) V. PLANIOL Y RIPERT, ob. y lug. cit., pág. 249.

(84) TARELLO, ob. y lug. cit., pág. 55.

(85) V. su *Alrededor de la distinción...*, pág. 25.

de aquellos que revenden, o especulando con el trabajo de los artistas y las obras de los autores dramáticos o compositores que ofrecen en sus salas, bien coordinando bajo su dirección los servicios de médicos, abogados, arquitectos, etc., que ofrecen al público; más la sociedad de dos o más autores para la publicación y difusión de sus obras, o para la fundación de una revista científica o literaria con ánimo de propagar los resultados de una investigación, sus estudios o cierta corriente literaria con propia producción, o la asociación de un literato y un músico para la complementación de sus obras y composiciones, o de varios actores o artistas ejecutantes de música para lucrarse con sus actuaciones o conciertos lo mismo que la unión de dos o más médicos, abogados, etcétera, para el ejercicio coordinado de sus propias profesiones, aunque unos y otros se ayuden de colaboradores y auxiliares, no parece se salgan del ámbito puro y correctamente civil (86).

c) En cuanto a las Sociedades de fin instructivo o educativo, nos enseña Castán que "se reputan civiles y no mercantiles en razón a que la instrucción y la educación no son actos de comercio, sin que obste que tales sociedades realicen actos de comercio aislados como la compra de libros, medicinas, artículos de consumo o juego para los alumnos, ya que estos actos, auxiliares y accesorios del fin perseguido, no modifican el fin principal" (87).

En cambio, como el mismo maestro dice, "las sociedades constituidas para la explotación de círculos de recreo, cuando tienen un fin lucrativo—en caso contrario no serían sociedades, sino asociaciones—están consideradas como empresas mercantiles" (88).

4. *Sociedades con objeto complejo.*—Cabe distinguir dos subgrupos: Sociedades que se crean ya con finalidad civil y mercantil y Sociedades con objeto civil, pero que realizan actividades mercantiles.

Respecto de las primeras, creemos que fácilmente se verán arrastradas por la calificación mercantil, siempre que tal actividad sea habitual o finalista, aunque comparta otras actividades de índole civil. Aquella dedicación, bien que no exclusiva, con tal que no sea accesoria de la civil principal, inclinará la balanza calificadora sin mengua ni modificación de las actividades civiles. Lo mismo que el comerciante individual no pierde su aptitud para las actividades civiles ni éstas cambian de naturaleza—y consecuentemente de legislación reguladora—porque sean ejecutadas por un comerciante (89).

En cuanto a las segundas, creo que una sociedad civil podrá perfectamente verificar las operaciones accesorias de su objeto principal,

(86) V. CASTÁN, ob. cit., págs. 25-26; PLANIOL Y RIPERT, *idem id.*, pág. 259; TARELLO, *idem id.*, págs. 58, 62 y 81-82; FERRARA, *idem id.*, págs. 26 y ss.

(87) Ob. cit., pág. 26.

(88) *Idem id.*, *id.* Puede verse también la sentencia de 22 octubre 1948, que en cierto modo confirma esta tesis al asimilar, en determinado aspecto, los círculos de recreo "a un café, bar, salón de té o de juegos para proporcionar a los concurrentes fuera de sus hogares y con el fin de lucro, comidas, bebidas y diversiones...".

(89) Puede verse en aquel sentido, CASTÁN, ob. cit., págs. 17-18.

pagos, cobros, etc., mediante actos mercantiles, letras de cambio, cuentas corrientes bancarias, etc., sin que ello implique se dedican a actividades comerciales coloreadoras de su *status*: es el objeto, razón de ser de su existencia, lo que cuenta. Recuérdese lo que hemos dicho antes sobre la distinción necesaria entre esos actos mercantiles y la actividad comercial propiamente dicha. Como escribe también De Gregorio, "la realización efectiva de actos de comercio que encaja en la gestión normal de una sociedad civil no basta para transformarla en mercantil, como no basta para hacernos comerciantes el que realicemos actos de comercio singulares, ni pesan a ese efecto aquellos actos de comercio que sean simple medio para el desenvolvimiento de la actividad no comercial de la sociedad" (90).

Otros problemas, tales como los cambios de objeto durante la vida social—creada con objeto civil, evoluciona hacia actividad comercial como dedicación fundamental o a la inversa—, así como que uno sea el objeto documentado y otra la actividad sustantiva en la realidad, son o entrañan cuestiones de hecho necesitadas de solución judicial en cada caso para adecuación de la forma a la realidad, y apenas interesan a nuestro actual objeto. Sólo apuntaremos que si la sociedad mercantil encubría una actividad puramente civil, no cabrá privar de las garantías y tutelas propias de aquellas a los terceros que trataron con un ente que *se les presentaba legitimado* como "comercial" (91).

5. *Sociedades mixtas*.—Quizá constituya este supuesto la *veraxa quaestio* de las sociedades civiles: El de aquellas que en virtud del artículo 1.670 del Código civil, siendo civiles por su objeto y sin cambiar de naturaleza, adoptan alguna de las formas mercantiles. Conforme al párrafo segundo de dicho precepto autorizador, en tal caso les serán aplicables las disposiciones del Código de comercio en cuanto no se opongan a las del civil. Y algún autor llega a decir que "la doctrina desespera de encontrar sentido" a ese punto segundo del artículo 1.670 (92). Pero es posible que la cosa haya sido exageradamente embrollada, y que con un poco de buena voluntad se pueda facilitar la solución sin el menor ultraje para la técnica jurídica.

A) *Radical tesis mercantilista*.—Garrigues, después de reconocer que la tímida fórmula del artículo 1.670 no cede al C. de c. la reglamentación total de tales sociedades, sino en cuanto no se oponga al

(90) Ob. cit., pág. 24. V. también LANGLE, ob. y lug. cit., págs. 297-300.

(91) V. DE GREGORIO, ob. cit., pág. 767.

(92) GIRÓN TENA, ob. y lug. cit., pág. 47. Ya en nota anterior hemos hecho la salvedad de que, según la Ley de Sociedades Anónimas promulgada después de preparado este artículo, "la sociedad anónima, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil; y en cuanto no se rija por disposición que le sea específicamente aplicable, quedará sometida a los preceptos de esta Ley". Para no alargar demasiado nuestro artículo, que bastantes azares e interrupciones sufrió ya, ni volver sobre los propios pasos, opto por dejarlo en la primitiva redacción, considerando: 1.º, que sigue vigente para las otras formas mercantiles; 2.º, que las innovaciones de la Ley nueva, mejor dicho, toda ella y todas sus partes, merecen más meditado y profundo estudio que el posible en una esporádica e intercalada glosa.

civil, ya que a pesar de "revestir la forma mercantil, siguen siendo civiles", y esbozar la fórmula que le parece más correcta para solucionar esta duplicidad normativa, critica severamente lo que considera establecido en la Ley con estas palabras: "Mas la fórmula laconica del artículo 1.670 del C. c. da lugar a una serie inagotable de problemas, porque muchas de las disposiciones del C. de c. esenciales a cada una de las formas de las sociedades mercantiles, son contradictorias de las normas del C. c.... Decir que se apliquen las disposiciones legales sobre sociedades anónimas a una sociedad civil en cuanto no se opongan a las del C. c. es tanto como negar la posibilidad de sociedades civiles con forma mercantil anónima. A menos de admitir figuras sociales monstruosas: sociedades colectivas sin responsabilidad solidaria para los socios (el art. 127 del C. de c. se opone a las reglas del artículo 1.698 del C. c.); sociedades anónimas con responsabilidad ilimitada para los accionistas (el art. 153 del C. de c. se opone también al art. 1.698 del C. c., que implícitamente establece una responsabilidad ilimitada de los socios en las deudas sociales), etc." (93). No cabe duda que el cotejo es impresionante, y que tomado en consideración sin más aclaraciones, como lo hace Girón Tena de la redacción del "Curso..." de 1936, en que Garrigues no iba más allá en la contemplación del problema resulta francamente desalentador.

Pero a poco que se reflexione se verá que ese aparatoso contraste no es rigurosamente exacto ni imperativa conclusión del art. 1.670. Lo que en éste se pone como valla o límite a la aplicación del C. c. a las sociedades civiles con forma mercantil, no son precisamente los preceptos que se dictan para la sociedad civil con forma civil, o al menos todos ellos, los cuales ya se comprende que desde el momento de autorizar la adopción de forma mercantil no tienen plena razón de ser, sino a lo sumo aquellos de entre dichos preceptos y los demás del C. c. que revisten el carácter de derecho necesario, imperativo e inderogable. Además, como el mismo Garrigues reconoce, si cabe hablar de disposiciones opuestas o similares en tipos sociales semejantes, no cabe el cotejo entre las que, como el tipo de sociedad civil por una lado y los tipos de comanditaria y anónima por otro, son sustancialmente contradictorios o al menos distintos. Por eso, con los debidos respetos para la autoridad del maestro mercantilista, hay que declarar que aquel contraste, escuetamente presentado, parecía estampado para impresionar espíritus sugestionables. Tendría, a lo más, el valor de un argumento de reducción al absurdo, a fin de eliminar esa posible interpretación del artículo 1.670 por imposible. Pero sin agotar con ello los esfuerzos para hallar una fórmula conciliadora.

Pues las normas y los preceptos legales, en cuanto sea posible, hay que tomarlos no como crucigramas puestos allí para tortura del intérprete y jurista, sino en el sentido de su más dilatada y generosa aplicabilidad. Pero procurando extraer la fórmula de viabilidad del precepto mismo, y no renunciando al primer esfuerzo para reputarlo indesci-

(93) *Tratado...*, lug. cit., págs. 386-387.

frable y llenar la sedicente laguna con recetas de Derecho comparado más o menos acertadas, pero sin apoyo positivo en nuestros textos. Que es algo de lo que me parece ha ocurrido algunas veces.

“En buena técnica legislativa—dice Girón Tena tras recordar el desolador cotejo de Garrigues ya transcrito—las sociedades posibles son la suiza o la alemana, que pensadas para las sociedades personalistas en nuestro derecho habría de ser extendida a todos los tipos. En una y otra solución están sometidas, en cuanto al régimen de la sociedad, a las normas del Código de comercio. De lo que se duda es de si son o no comerciantes las sociedades de personas. Para las de capitales tampoco hay problema. Y la solución vimos que era, o no considerar comerciantes a las sociedades o considerarlas comerciantes aparentes con las necesarias consecuencias en cuanto a la aplicación del *status* de comerciante.

“Volvamos ahora a nuestro artículo 1.670 en su segundo punto. El intento de interpretarlo en el sentido de tratar de empotrar la figura sociedad civil en las de colectiva, comanditaria o anónima ya nos han dicho que es imposible. Y tiene que serlo por la impenetrabilidad de los conceptos y por razón histórica; ya vimos que el Código civil significa la ruptura de la simple desviación. Pero en cualquier caso, si las desviaciones del Derecho mercantil desaparecen, desaparece también el Derecho mercantil mismo, que no tiene más contenido que ese en la ~~reglamentación~~ de figuras paralelas. Sería una tontería conceder opción de constituir una comanditaria, por ejemplo, para luego decirle a los socios que lo que llaman comanditaria lo hemos ido podando y es otra vez sociedad civil.

“Pero los preceptos se dictan para que surtan efectos. No es fácil convencerse de que el legislador ha querido llevar el humor al Código y ensayar el juego de escamotear a la gente lo que les ofrece. ¿Cómo tendría efecto ese artículo 1.670? Ese texto no puede ser sino una opción entre los dos sistemas—suizo y alemán, antes indicados—hacia favor del suizo. Así, pues, lo que aquí se dice es que las sociedades de objeto civil se someterán íntegramente al régimen propio de la figura que entre las reglamentadas en el Código de comercio hayan elegido, pero que a esas sociedades no se les aplicará el estatuto del comerciante porque son “sociedades mercantiles”, pero no son “comerciantes”. Si ahora sintetizamos y calificamos las razones de esta interpretación desde el punto de vista hermenéutico podremos comprobar que son sanas; en efecto : 1.º Se trata de una interpretación sistemática, en que se tiene en cuenta la razón del régimen de los comerciantes y el concepto de sociedad. 2.º No está contra la redacción gramatical del precepto. 3.º Se inspira en la razón histórica del entronque del artículo. La solución suiza es de inspiración francesa como lo es el nuestro: lo que ocurre es que los suizos han comprendido mejor la cuestión que los franceses, aunque alguno de éstos también había visto la solución” (94).

Mas a pesar de la originalidad y brillantez de este documentado

trabajo, máxime con los ensayos que siguen hacia la posibilidad en Derecho español del *Schein Kaufmann* alemán o comerciante aparente, del que algo recogimos antes tomado de Cosack, a pesar de esa dilatación interpretativa bastante forzada para aproximar el texto del artículo 1.670 a la fórmula germana—suizo o alemana—, sospecho que a nadie se ocultará la escasa eficiencia práctica de la conclusión que Girón Tena nos brinda. La apelación al Derecho comparado no ha traído un mecanismo técnico explicativo o constructivo del texto español, sino sólo una sugerente fórmula solucionadora cristalizada en texto legal extraño. Y creemos que lo necesario en presencia del artículo 1.670 es, más que el recuerdo de una fórmula legislativa, por muy científicamente autorizada que sea, pero alejada o distante de nuestro texto y de su espíritu, una receta que dosifique límites y conceptos que la letra española plantea. No podemos escapar del crucial problema: aplicar las disposiciones del C. de c., pero no en absoluto, sino con un límite: en cuanto no se opongan o contradigan al Código civil. Lo contrario, sostener que al régimen de tales sociedades debe aplicarse el Código de comercio absolutamente, sin atender a los topes u obstáculos que nazcan del Código civil nos parece que no puede hacerse sin atropellar o desconocer el artículo 1.670, que bien patente está, pues es el mismo que posibilita tal especie de sociedades mixtas. Como aspiración de reforma legislativa será muy perfecta y loable; como solución actual, carece de valor.

Y análogo juicio negativo alcanzará a la conclusión a que Garrigues llega, bien que no por el espejismo de fórmulas extranjeras, sino por razones que dice extraer de la seguridad del tráfico al escribir “que la reserva a favor del C. c. que contiene el artículo 1.670 no debe impedir la aplicación de todas las normas del Código mercantil que regulan las relaciones internas y externas de cada uno de los tipos de sociedad que admite, estén o no en armonía con los artículos del C. c. Sólo quedarán excluidas aquellas normas que afectan a la sociedad como comerciante—llevanza de libros, inscripción en el Registro, quiebra, prescripción especial de acciones—” (95).

De esta radical tesis mercantilista disiente Lang'e. “porque aquella aplicación “íntegra” de las normas mercantiles que regulan las re-

(95) V. *Tratado...*, I, 390. Y esa conclusión resulta más incongruente cuando el mismo autor, en otro momento, declara entender “que la responsabilidad de los socios de una sociedad civil por las deudas sociales tiene carácter ilimitado, y por consiguiente, la adopción de la forma mercantil anónima por una sociedad de objeto civil, que entraña forzosamente la limitación de la responsabilidad de los socios, iría contra la norma civil que se contiene en el artículo 1.698 del C. c.”; y aludiendo a los fallos jurisprudenciales y autores que antes de la ley de 12 de agosto de 1893 sostenían en Francia que los socios de una sociedad civil con forma de anónima podían sustraerse al principio de ilimitación de responsabilidad por deudas, pregunta “qué opinarían esos mismos autores ante el texto del artículo 1.670 de nuestro C. c., que sólo permite la aplicación de las disposiciones del C. de c. en cuanto no se opongan a las del Código civil, siendo una de éstas la del artículo 1.911, que consagra el principio de ilimitación de responsabilidad”. (V. su ob. y lug. cit., pág. 389, núm. 5, b) y número 6.)

laciones internas y externas de cada uno de los tipos de sociedad, "estén o no en armonía con los artículos del C. c.", contradice lo dispuesto por éste. Lo que desea el C. c. es *compaginar* las disposiciones, y en modo alguno que el C. de c. *le suplante totalmente*" (96).

B) *Fórmula conciliadora de orientación civilista*.—Veamos si cabe una solución intermedia; ni negación absoluta de que las sociedades civiles por su objeto revistan forma mercantil, como habría que concluir del cotejo hecho por Garrigues, ni aplicación absoluta, a las que adopten esta forma, de la legislación mercantil, desentendiéndose del límite impuesto por el artículo 1.670. Y para ello, recordemos la interpretación civilística.

Por sonrojante que sea, hay que confesar que el laconismo con que se producen la mayoría de nuestros civilistas en sus textos más conocidos, apenas da luz alguna y menos llega a formar un cuerpo de doctrina. Materia que ha conturbado a los mercantilistas celosos, se diría que no inquieta a los civilistas que casi soslayan la cuestión. Cuando realmente parece que debiera ocurrir lo contrario.

Sánchez Román sólo dice que la salvedad del artículo 1.670—"en cuanto no se opongan al Código civil"—"por los vagos términos en que va concebida, es algo expuesta, como todas las de su clase, a complicados litigios" (97).

Manresa se limita a esbozar una idea, sin mucho desarrollo ni delimitaciones, "Constituyendo este artículo—escribe respecto al 1.670—una *disposición de referencia a las prescripciones del Código de comercio relativas a las formas que pueden revestir las compañías mercantiles*, según el mismo, hemos de limitarnos a remitir a nuestros lectores a los preceptos respectivos del título 1.º del libro II de dicho Código, y especialmente a los de las secciones 2.ª, 3.ª y 4.ª del indicado título, en los que se encontrarán las reglas que rigen las sociedades en cada una de dichas formas, bastando a nuestro objeto exponer tan sólo que en general las compañías citadas se constituyen adoptando alguna de las tres conocidas con los nombres de regular colectiva, comanditaria y anónima". A continuación da el concepto de cada una de éstas, cita una jurisprudencia congruente con sus definiciones, refiere algunas concordancias y pasa a comentar el artículo 1.671 (98).

Valverde resuelve el problema en dos palabras con asombrosa ligereza. "...Si por el concepto de dichas sociedades—dice—la sociedad fuera civil y reviste las formas reconocidas por el Código de comercio, se *aplicarán a ellas las disposiciones de éste*". E invoca, en nota, el texto del artículo 1.670, que nos es conocido (99).

Para De Diego en sus "Instituciones de Derecho Civil Español" pasa, al parecer, desapercibido el problema.

(96) *Manual de Derecho Mercantil Español*, Barcelona, 1950, I, 362.

(97) *Ob. y lug. cit.*, 546.

(98) V. sus *Comentarios al Código Civil Español*, 2.ª edic., Madrid, 1911, tomo XI, pág. 285.

(99) V. su *Tratado...*, cit., III, pág. 541.

De Buen, por lo que vemos en el tomo reimpresso y continuado por Bonet, trata la cuestión asaz superficialmente. Después de recoger el artículo 1.670 con la posibilidad de estas "sociedades mixtas", comenta: "En las disposiciones vigentes en España están previstas las dos hipótesis siguientes: a), existencia de una Sociedad civil por su objeto constituida en forma civil. Este caso no ofrece ninguna dificultad, estará regida por el C. c.; b), existencia de una sociedad civil por su objeto, mercantil por su forma. *Tal sociedad se registrará por el C. c. y como supletorio por el C. de c.*" (100).

No más sazonado fruto da en esto Castán en su obra más conocida: "Las Sociedades civiles constituidas con arreglo a cualquiera de las formas del Código de comercio... se rigen, en primer lugar, por el Código civil, pero además les son aplicables las disposiciones del mercantil, en cuanto no se opongan a las del civil (art. 1.670, párrafo segundo de éste), y aun en algún punto concreto, a saber, ciertas causas de extinción del contrato, se rigen por las de aquél con preferencia a las del último (art. 1.700, apartado 2.º)" (101).

Con bastante mayor extensión y detalle estudia la cuestión en el tomo XXV del *Mucius Scaevola* que continúa con la colaboración de Batlle y Bonet, en que le dedica las páginas 789 a 797. "Declara el artículo—dice comentando el 1.670—que a las sociedades civiles que revistan formas reguladas en el Código de comercio se aplicarán las disposiciones de éste en cuanto no se opongan a las del Código civil. Esto equivale a fijar la siguiente prelación de fuentes: 1.º, Código civil; 2.º, Código de comercio, en los que expresamente regule y no se oponga a aquél; 3.º, las fuentes supletorias de la legislación civil según el artículo 6.º del Código.

"Toda la dificultad—agrega—radica en saber cuáles son los preceptos del Código de comercio que por oponerse al Civil no pueden aplicarse. Sistematizaremos la materia distinguiendo los diversos extremos que pueden considerarse en el estudio del contrato de sociedad".

Y seguidamente hace un contraste en lo que ambos Códigos preceptúan en cuanto a los elementos reales, elementos formales, obligaciones de la sociedad, obligaciones de los socios, administración de sociedad, extinción normal de la sociedad, liquidación y partición del haber social y extinción anormal por insolvencia. Mas a pesar de la excelencia de los propósitos, quizá no se hayan conseguido resultados consistentes, malográndose el esfuerzo por un defecto de enfoque o planteamiento. Esa investigación sobre si la capacidad de los contratantes se registrará por el Código civil o por el de comercio—allanada la cuestión hoy con la unificación de la mayoría—; si precisarán como las mercantiles puras escrituras públicas e inscripción registral o subsistirá la libertad condicionada del Código civil;

(100) V. *Derecho Civil Común y Foral*, Madrid, 1940, t. II, continuado por Bonet, pág. 124.

(101) V. *Derecho Civil Español...* cit., III, 256.

si tendrán la obligación de llevar los libros de comercio; si la responsabilidad de los socios y demás obligaciones de éstos se regirán por uno u otro Código, así como la administración, la extinción por causas normales o anormales y la liquidación y partición del haber social, no parece posible hacerse sin un criterio diferenciador. Hay que excluir primero aquello que, como la llevanza de libros, parece consecuencia exclusiva del *status* de comerciante, al menos en su aspecto privilegiadamente probatorio. En segundo término, hay que distinguir entre aquellas obligaciones, circunstancias o requisitos que, aun impuestas en beneficio o por interés de terceros, pueden serlo, bien por la especial idiosincrasia jurídica del tráfico mercantil con sus notas de seguridad, buena fe, etc., o en atención a las características del tipo social adoptado, para excluir las primeras y aplicar las segundas. Y en cuanto a aquellas reglas de repercusión externa o ceñidas sólo a intereses de las partes contratantes, pero de régimen de la sociedad ya constituida, el contraste no debe hacerse con las normas del Código civil de carácter natural, supletorio o derogable—tal parece ser el caso de las referentes a duración (arts. 1.680 y 1.700), administración (1.695) y, según lo más verosímil, las de liquidación y partición (1.708, “*in fine*”)—. Me parece que su vigencia queda suplida por la sola adopción, sin salvedades, de una de las formas mercantiles que implica pactar esas sus circunstancias.

A pesar de todo su laconismo, quizá la idea más aprovechable por su logicidad sea la que nos da Manresa—“contemporáneo del Código civil, que formó parte de la sección de la Comisión General de Codificación que lo redactó”, cuyos “comentarios deben ser la interpretación casi auténtica del Código” (102), mientras la indiscreción de sus colaboradores no reclame la paternidad del comentario que interesa desnudándole del prestigio y credibilidad que a la sombra de Manresa tendría—. Pues bien: según Manresa, “constituyendo este artículo—1.670—una disposición de referencia a las prescripciones del Código de comercio, relativas a las formas que pueden revestir las compañías mercantiles, según el mismo”, se limita a remitir a sus lectores a los preceptos respectivos del título 1.º del libro II de dicho Código, y “especialmente” a los de las secciones 2.ª, 3.ª y 4.ª, del indicado título, en los que se encontrarán las reglas que rigen las sociedades en cada una de dichas formas.

Lo que no es sino atribuir al artículo 1.670 en su párrafo segundo, el significado de una norma en blanco que para tal supuesto de sociedad mixta, remite su régimen a las normas que, según la especie colectiva, comanditaria o anónima que se adopte, les corresponden según el Código de comercio, pero en cuanto tal sociedad solamente, y no en cuanto comerciantes, que no llegan a serlo. E *ipso facto*, se retraen por reabsorción las normas del Código civil que

(102) Como diría GONZÁLEZ PALOMINO, V. su *La Compensación y sus efectos* en “Estudios de Derecho Histórico moderno”, conferencias de 1947, en el Colegio Notarial de Barcelona, 144.

reglamentan la forma civil de las objetivamente civiles, dejando el hueco que se llena con las correspondientes de la sección 2.^a, 3.^a ó 4.^a, título 1.^o, libro II del de Comercio. Pero atiéndase la matización en el pensamiento de Manresa. Apela en principio al título 1.^o genéricamente, aunque aclarando bastante al precisar “los preceptos respectivos”, como queriendo ya indicar que no a todos los del título, sino a los específicos de cada tipo social, colectivo, comanditario o anónimo; y no contento, añade, remachando el clavo de su salvedad, “y especialmente a los de las secciones 2.^a, 3.^a y 4.^a”. Es que la sección 1.^a, por ejemplo, trata “de la constitución de las compañías y de su clase”, pero de y en cuanto compañías “mercantiles”, y las mixtas no lo son sino civiles. Y otras secciones posteriores dan reglas para Compañías de crédito, Bancos de emisión y descuento, Compañías de ferrocarriles..., Compañías de almacenes generales de depósito, etc., que son sustancialmente mercantiles.

Podríamos, pues, decir, resumiendo, que el reenvío y sustitución normativa se refiere a los preceptos que constituyen *Estatuto Social*. Así como el límite civil se reserva para las normas *institucionales* de la vida civil y de fuerza *imperativa* o *inderogable*.

C) *Justificación del criterio compatibilizador*.—Como vimos en otro lugar (103), en materia contractual y de obligaciones, cabe las cuales se trata de la Sociedad en nuestros códigos, predomina la tesis de que la mayoría de las normas del Código civil tienen un carácter dispositivo o supletorio. En aras del principio de autonomía de la voluntad, consagrado por el artículo 1.255, y dentro de los límites que el mismo diseña—ley, moral, orden público—pueden las partes establecer sus pactos y contratos en la forma que mejor les acomode. Este criterio de generosa flexibilidad no desaparece en materia de sociedades; antes al contrario, en el artículo 1.670 tiene amplio fortalecimiento. Y un ligero examen de aquellos preceptos en que la incompatibilidad con las esenciales características de las formas mercantiles se expresa por algunos tratadistas como más escandalosa, apoyará, en cada caso concreto, la veracidad de aquel principio abstracto.

El buscar la compatibilización de ambos Códigos obligaría, según Garrigues, a admitir “figuras sociales monstruosas”, como “sociedades colectivas sin responsabilidad solidaria para los socios (el artículo 127 del C. de c. se opone a las reglas del art. 1.698 del C. c.)” (104). Pero bien mirado, no hay posibilidad de sostener seriamente tal incompatibilidad. El adoptar la forma de la sociedad mercantil colectiva al amparo del artículo 1.670 no implica deber de no oponerse al 1.698, sino facultad de sustituirlo, pues dicho precepto no tiene carácter inderogable o imperativo. Si los contratantes, en sus

(103) V. *Renta vitalicia resoluble*, en “Rev. de Der. Priv.”, 1949, diciembre, págs. 1050-1059.

(104) V. pág. 387 de su *Tratado...*, cit., en cuyo argumento se detiene, sin tratar de superarlo, también GIRÓN TENA, según ya hemos anotado.

pactos, podrían, sin necesidad de adoptar en bloque la forma colectiva, ni abandonar la propia civil, estipular la responsabilidad solidaria entre ellos, ¿por qué no han de poder hacerlo implícitamente por reenvío al adoptar en bloque aquella forma mercantil y las normas legales del Código de comercio que la rigen?

Y que pueden hacer lo primero es evidente, según la exegética civilísticamente más ortodoxa. El párrafo primero del artículo 1.698 es un trasunto fiel del 1.137, fundamental en materia de obligaciones, según el cual para aquellas provenientes de la voluntad sólo se da la solidaridad cuando expresamente se estipule. Lo que en principio ha de tener más eficacia si cabe en la sociedad, en que conforme al artículo 1.681 el socio sólo es deudor a la sociedad de lo que prometió aportar y de su evicción, y no puede imponérsele *sin su consentimiento* una obligación distinta, como sería la de responder solidariamente por los otros socios (105). En esa salvedad del consentimiento de los socios queda patente que el pacto en contrario de los mismos puede instaurar la solidaridad, lo mismo que ocurre en el artículo 1.137, aunque el 1.698 nada diga de ello. Es conforme a aquel principio fundamental en materia de obligaciones y sólo beneficios produce para los terceros, cuyo interés y protección podría solamente despertar algún recelo. Tal es la opinión concorde de los comentaristas, tanto españoles como franceses e italianos (106).

Algo parecido sucede con los preceptos sobre administración de la sociedad. Cada una de las formas mercantiles tiene su régimen administrativo peculiar; y el de los tres tipos es muy distinto y casi contradictorio del civil (107). Pero en esta materia también el obs-

(105) V. MANRESA, ob. y lug. cit., 390; MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado*. t. XXV, continuado por BAILLE VÁZQUEZ, pág. 144.

(106) Claramente dice MANRESA que al socio "no puede imponérsele una obligación... de responder solidariamente por los otros socios de las deudas sociales, a no existir pacto especial en que a ello se comprometiera" (ob. cit., 392). Y más explícitamente aún, MUCIUS SCAEVOLA (o su continuador) al escribir: "Ahora bien, nada obsta, porque ello entra en la libertad de contratación, para que los socios pacten la solidaridad, con objeto de robustecer el crédito social, y en tal caso no regirá el artículo que comentamos" (ob. cit., 144). Y a mayor abundamiento agrega: "También constituirá excepción el caso en que, acciéndose a la permisión del artículo 1.670, se hubiere pactado una forma mercantil". La misma opinión se sostiene en derecho francés, tanto respecto a la sociedad civil que conserva su forma propia, en que se puede pactar la responsabilidad solidaria de los socios, como que la adopción por aquellas de la forma mercantil de las colectivas entraña la responsabilidad solidaria e indefinida de los socios. V. ESCARRA, ob. cit., II, 533. También PLANIOL y RIPERT admiten el pacto en contra de la "no solidaridad legal". V. ob. y lug. cit., página 302. En Italia, bajo el régimen de la dualidad de códigos, se admitía igualmente que la sociedad civil con forma de la colectiva mercantil podría establecer que los socios deban responder por las obligaciones de la sociedad, con su responsabilidad ilimitada y solidaria. V. DE GREGORIO, ob. cit., 764.

(107) Con efectismo, dice GARRIGUES que "no es posible compaginar las disposiciones del C. c. con las destinadas en el C. de c. a regular la compañía comanditaria y la anónima, porque justamente aquello que es consubstancial a estas formas mercantiles (v. gr.: clase de responsabilidad de los socios por las

táculo es más aparente que real. El régimen administrativo de las sociedades civiles viene reglamentado por los arts. 1.692 a 1.695. Y en todos ellos late la idea del carácter supletorio y complementador de la voluntad declarada por las partes, explícitamente expresada en la mayoría, y cuando no, implícitamente bien patente. Así, el 1.693 regula el supuesto en que "dos o más socios han sido encargados de la administración social *sin determinarse sus funciones, o sin haberse expresado que no podrán obrar los unos sin consentimiento de los otros*"; el 1.694 se limita a explicar el sentido de la estipulación "que los socios administradores no hayan de funcionar los unos sin el consentimiento de los otros", y el 1.695 sienta las reglas a observar "cuando no se haya estipulado el modo de administrar". Algo más riguroso e inflexible parece el texto del 1.692 al sentar la omnimoda facultad administrativa del socio a tal efecto nombrado en el contrato social, así como la irrevocabilidad de su poder. Pero ni aquí cabe sospechar, remotamente siquiera, en su carácter imperativo; parte del supuesto, no necesario, de que el nombramiento se haya hecho en el contrato social. Y no cabe duda ninguna de que pudo no haberse hecho o hacerse con las facultades y condicionamientos, incluso de revocabilidad, que los contratantes tuviereñ a bien (108). Por lo que es correcto concluir que la mera adopción de cualquiera de las formas mercantiles implica la sumisión al régimen administrativo para aquéllas previsto en el Código de comercio, sin roce alguno con el civil (109).

Proseguiremos la justificación de la compatibilidad no deformante, con el examen de la responsabilidad de los socios y su posible limitabilidad, al que por su interés y amplitud dedicamos capítulo aparte.

6. *Otros supuestos de sociedades mixtas.*—Ciertos autores se ocupan de alguna modalidad de sociedad mixta inversa a esta que aquí nos ocupa: Sociedad mercantil por su objeto que adopta la forma de sociedad civil. Pero, aparte de que tal supuesto no parece factible en nuestro derecho, ni legal ni prácticamente, puesto que dichas socie-

deudas sociales, administración de la sociedad) pugna con las correspondientes normas civiles" (ob. y lug. cit., página 387).

(108) Como dice BATTLE en su continuación del Mucius Scaevola, "la ley aquí no hace sino sentar criterios supletorios de voluntad, porque nada se opone a que los contratantes de la sociedad hayan regulado supuestos de revocación o caducidad de poder" (Ob. cit., pág. 121). Y poco antes decía cosa análoga de las facultades de ese administrador previsto por el artículo 1.692, cuyas "facultades pueden fijarse en el contrato, y que dentro de su ámbito puede desenvolverse el socio administrador".

(109) Hallamos un apoyo de esta nuestra postura en LANGLE, ob. cit., página 361, cuando escribe: "...por ser esenciales, tendrán que afirmar su indiscutible imperio sobre la sociedad civil de forma comercial las normas mercantiles que sirven para dibujar tipos de sociedad, porque "revestir las formas reconocidas por el C. de c." no puede entenderse que sea sólo de calificar a una sociedad civil de colectiva, comanditaria o anónima, sino también *adoptar las características que definen a cada una de estas formas.*

dades son, sustancialmente, mercantiles y como tales deben adoptar la forma congruente que la Ley reglamenta, de darse, sería siempre eso, una sociedad mercantil en el fondo y sometida predominantemente al Código de comercio. Y ya, en tal sentido, el estudio de su posibilidad es algo que cae fuera de la parcela que aquí hemos acotado; aludimos a ello sólo por espíritu informativo (110).

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

Es uno de los aspectos en que la incompatibilidad entre determinadas formas mercantiles—comanditaria, anónima, etc.—y el C. c. se supone más insuperable (111). Dado el interés que encierra y su indudable mayor dificultad en desvanecerla, no vacilamos en traerlo a párrafo aparte.

Dos cuestiones, a mi juicio, hay que distinguir aquí en este orden de cosas: 1) Alcance de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales conforme al Código civil. 2) Posibilidad de establecer por pacto la limitación de responsabilidad y, por ende, de conseguirla con una de las formas mercantiles.

1. *Alcance de la responsabilidad normal.*—La posición más radical en este aspecto es la que sostiene que la responsabilidad de los socios de una sociedad civil se *limita al importe de la aportación realizada* al fondo social (112). Aun admitiendo que “podría parecer que cuando las pérdidas exceden de las ganancias, éstas son de cuenta de los socios, salvo pacto en contrario que significase una limitación de responsabilidad” para Pérez y Alguer, “lo más exacto es que por pérdida sólo ha de entenderse la disminución o desaparición total de lo aportado y, en su caso, ganado y no las deudas

(110) Puede verse una referencia en CASTÁN, *Alrededor de la distinción...*, págs. 32-33, y también LANGLE, ob. y lug. cit., págs. 362.

(111) V. GARRIGUES, ob. y lug. cit., pág. 387, según el cual habría que admitir “sociedades anónimas con responsabilidad ilimitada para los accionistas”, y GIRÓN TENA, trab. y lug. cit., pág. 49, quien concluye que “sería una tontería conceder la opción de constituir una comanditaria, por ejemplo, para luego decirle a los socios que lo que llaman comanditaria lo hemos ido podando y es otra vez sociedad civil”.

(112) Cabría pensar que aparece ya, tímidamente esbozada y sin ulteriores desarrollos ni razonamientos, en los *Comentarios...*, de MANRESA, en cuya página 390 se lee “que el socio es sólo deudor a la sociedad de aquello que prometió aportar y de la evicción respecto de las cosas ciertas y determinadas que hubiere aportado a ella, y no puede imponérsele una obligación distinta como sería la de responder solidariamente por los otros socios de las deudas sociales, a no existir pacto especial en que a ello se comprometiera”; GARRIGUES lo cita como sostenedor de tal tesis (ob. y lug. cit., pág. 388, núm. 5, b), mas en mi modesta opinión la intención de Manresa no llega a tanto como a defender la limitación de la responsabilidad, sino sólo a negar la solidaridad, como leyendo todo el comentario a los artículos 1.697, 1.698 y 1.699 se deduce. La tesis limitativa *per se* fué propuesta como ideal por AGUADO en su *Legislación Notarial*, pág. 136; y establecida con todos los pronunciamientos razonadores por PÉREZ Y ALGUER en sus Anotaciones del Enneccerus.

excedentes del activo. Si se tiene presente que ninguno de los socios puede obligar a los otros por un acto personal, si no le han conferido poder para ello (cf. art. 1.698, ap. 1, *in fine*), de las deudas de la sociedad (persona jurídica) sólo responde ésta con todos sus bienes presentes y futuros (cf. art. 1.911). Esta nos parece—concluyen—la solución en defecto de normas en el C. c. correlativas a las de los arts. 127 y 148 C. com. (cf. también art. 108 Regl. Registro mercantil de 20 de septiembre de 1919). No es quizá la solución más justa, pero es la resultante de los textos positivos, y muy especialmente del carácter de persona jurídica distinta de los socios” (113).

En principio, seduce este razonamiento por el rigor lógico con que está presentado; pero examinado más a fondo, quizá resulte ser mayor su brillantez que su solidez.

En efecto; un elemento o término del silogismo nos parece de la mayor corrección. Conforme a la doctrina predominantemente aceptada, la concesión de personalidad jurídica a las sociedades obedeció a las necesidades prácticas. Era preciso que tuviesen un domicilio único e independiente del diverso de los socios; que en la vida jurídica las representase uno o varios socios; que su patrimonio estuviese vinculado a las deudas sociales respondiendo a sus acreedores, con exclusión o preferencia a los particulares de cada socio (114). Y bien cabe decir que allí donde la Ley reviste a una colectividad de esas peculiaridades tendremos una persona jurídica o moral.

Pues bien; es indiscutible que la sociedad del Código civil español está dotada de personalidad. Se desprende del artículo 35, núm. 2.º; lo dice *a contrario sensu*, pero bien paladinamente, el artículo 1.669; y resulta prácticamente de la reglamentación general, donde se enfrenta a los terceros el ente social con independencia de los socios (cf. artículos 1.697 y 1.698, 2.º), regula su patrimonio con propios derechos y deberes exclusivos, tanto respecto de los acreedores sociales (artículo 1.699) como con respecto a los socios (artículos 1.681, 1.682, 1.688, 1.698, p. 2.º) y se configura su representación (arts. 1.692 a 1.695, y especialmente 1.697). Si en la sociedad civil no se reconociera la personalidad jurídica quedaría reducida a simple comunidad; pero entonces los acreedores individuales concurrirían con los comunes sobre el patrimonio común en contra del artículo 1.699; cualquier socio en cualquier momento podría exigir la división de la comunidad, sin sujeción a los artículos 1.705 y 1.707. Es decir, que estos artícu-

(113) Ob. y lug. cit., pág. 413. En este razonamiento no están desamparados. Para MESSINEO, por ejemplo, el hecho de que la sociedad sea o no persona jurídica se refleja en la consecuencia de que la responsabilidad de los socios por las deudas sociales sea limitada a su aportación o ilimitada a todo su patrimonio personal (V. su *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 1950, I, pág. 340). Puede consultarse también el amplio estudio “Efectos de la personalidad jurídica de las Sociedades” en *Tratado de las Sociedades Mercantiles*, de RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, págs. 142-149 del t. I.

(114) V. ESCARRA, ob. y lug. cit., págs. 298-299.

los no tendrían razón de ser ni se daría la subordinación al fin común social que en toda la sección impera (115).

Pero ya no resulta tan evidente le inexorabilidad del otro término silogístico. La existencia de la personalidad jurídica y subsiguiente autonomía patrimonial de la sociedad *no implica necesaria ni ineludiblemente* que su responsabilidad por las deudas sociales quede consreñida al patrimonio social. Como dice De Gregorio, la responsabilidad subsidiaria que en ciertos casos pesa sobre los socios individuales no impide aquella autonomía como no la impide entre dos personas, el que una de ellas afiance la obligación de la otra (116). Personalidad jurídica tienen las sociedades colectivas mercantiles, y ello no impide que todos los socios estén obligados personal y solidariamente con todos sus bienes a las resultas de las operaciones hechas a nombre y por cuenta de la compañía (art. 127 C. de c.), y fué preciso que el legislador expresamente lo dijera para que en los socios comanditarios y los de la anónima (arts. 148, p. 3.º y 153) se entendiera limitada su responsabilidad al tanto de su aportación (117).

Por consiguiente, el problema consiste en averiguar si en el Código civil español hay ambiente para sostener, como normal al menos, la responsabilidad de los socios junto o después de la que corresponde

(115) No hay que desconocer, con todo, las críticas que, remontando el actual derecho positivo, con espíritu revisionista y miras *de lege ferenda*, se han hecho a esa concesión de personalidad jurídica, que en principio fué privilegio de las Sociedades anónimas, pero cuya consecuencia lógica es la postura del legislador español "admitiendo, en general, la personalidad jurídica de las compañías mercantiles (art. 116, C. de c.) y de las Sociedades civiles (arts. 35, 1.669 C. c.)". Según nos enseña Federico de CASTRO, "en ningún caso... autor alguno ni el de más laxo criterio, pudo pensar que mediante el contrato de Sociedad fuese posible crear una persona jurídica, por ser indudable para la técnica jurídica, que: a), el contrato de Sociedad crea una relación obligatoria y como tal dependiente de la voluntad de los socios; b), que mediante este contrato las aportaciones de los socios pueden tomar cierto carácter unitario (patrimonio colectivo o comunidad en mano común) que los separa del patrimonio personal de cada socio, pero que no se independiza nunca totalmente de la voluntad ni de los patrimonios de los socios", y es que "la idea de la persona jurídica tiene una raíz más profunda que la de explicar ciertos fenómenos técnicos (unidad patrimonial, subjetividad de derechos); es la existencia de realidades sociales, organizaciones que tienen propia vida e interna unidad, que se distinguen de los hombres que las constituyen o las rigen; su nota característica y diferencial está en que existen en torno a un fin distinto y superior al que asociados y administradores deben servir... En cambio, en la sociedad o asociación para ganar dinero, sea cualquiera la forma que adopte, falta el fin supraindividual, existe sólo una suma de aspiraciones egoístas cuya compaginación realiza el Derecho con la figura jurídica de la comunidad de bienes en forma de copropiedad y de mano común". Ver su luminoso y aleccionador estudio "La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica" en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1949, fasc. IV, páginas 1397-1415.

(116) V. ob. cit., pág. 7.

(117) V. también GARRIGUES puntualizando términos de Sentencia de 8 de noviembre de 1905 en ob. cit. t. I, núm. 2.º, pág. 726.

a la sociedad por sus deudas. Y aquí puede estar el fallo de Pérez y Alguer: en haber omitido tal indagación.

Tras sentar la tesis antes recordada, añaden que "no puede invocarse que la ilimitación de responsabilidad es regla tradicional del contrato de sociedad porque tal regla era consecuencia de la falta de personalidad de la sociedad que determinaba la responsabilidad única y directa de los socios. Pero al ser la sociedad sujeto de derecho distinto de los socios, la obligación subsidiaria de éstos sería responsabilidad por deuda ajena, sería fianza (cf. art. 1.822, ap. 1) y la fianza no se presume (art. 1.827, ap. 1)" (118).

La fianza no se presume...; pero aquí tenemos un artículo, el 1.698, que después de haber establecido en el 1.697 las circunstancias en que la sociedad queda obligada con terceros, ordena la *forma* en que "los socios quedan obligados respecto de las deudas de la sociedad". Podrá ser o no superflua y, hasta si se quiere, indebida la conservación de este artículo 1.698 en nuestro Código civil después del más progresivo—y congruente con la personalidad de la sociedad—contenido del 1.697 (119). Pero el hecho evidente e inexcusable es que ahí está, hirsuto y desafiante, consagrando como "normal" una responsabilidad de los socios subsidiaria—la "no solidiaria", así como la preferencia de los acreedores sociales sobre los bienes de la sociedad (art. 1.699), así implica a mi juicio—a la de la sociedad. No es que se presume la fianza, no: es que el Código la da por fenómeno natural para este supuesto (120).

Por ello nos parece intachable la conclusión y razonamiento de Garrigues cuando escribe que si bien "en sentido estricto, la pérdida sólo puede referirse a algo que se tiene y que desaparece por causa de una explotación adversa"—que es el razonamiento de Pérez y Alguer para limitar a ello la responsabilidad social—, "el pasivo social está constituido en todo caso por *deudas sociales*, aunque rebasen el

(118) Ob. y lug. cits., pág. cit.

(119) El artículo 1.697, que enfrenta la sociedad a los terceros, no figuraba en el francés—allí el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil fué obra de la jurisprudencia para satisfacer necesidades de evidente interés práctico (V. ESCARRA, ob. y lug. cits., 311)—ni en el Proyecto español de 1851. Parece fué un "perfeccionamiento" del actual, en congruencia con el reconocimiento de personalidad jurídica a las sociedades. Por lo que se estima que admitido ese principio y redacción, debió haberse eliminado el texto del 1.698, en que incomprensiblemente se involucran los socios y la sociedad en cuanto a terceros. V. BATLLE, *Código Civil comentado* de Mucius Scaevola cit., página 145.

(120) "En nuestro Derecho—escribe BATLLE al iniciar el comentario de estos dos artículos—la personalidad jurídica es una característica de la sociedad y a su entidad distinta e independiente corresponde un ámbito distinto de responsabilidad. La sociedad no es una simple suma de socios, sino una persona con derechos y obligaciones propios frente a los mismos socios y frente a terceros. De aquí surgen varias consecuencias: Es, una de ellas, que la responsabilidad de los socios es subsidiaria de la Sociedad y únicamente puede alcanzarse cuando es necesario proceder al reparto de pérdidas sociales" (Ob. y lug. cits., pág. 140).

importe del activo y la cuantía de las aportaciones. Adviértase en este sentido que el artículo 1.698 del C. c. regula la responsabilidad de los socios *por las deudas de la sociedad*, sin establecer ningún límite a dicha responsabilidad. Como consecuencia de este razonamiento entendemos nosotros—dice Garrigues—que la responsabilidad de los socios de una sociedad civil por las deudas sociales tiene carácter ilimitado...” (121).

2. *Posible limitación de responsabilidad por pacto.*—¿Lo impedirán los artículos 1.698 y 1.911 del Código civil?—Su examen.—Ahora bien; esta responsabilidad ilimitada de los socios, ¿será un mero efecto natural derogable o implicará principio imperativo inamovible?

Se planteó un problema parecido en Francia con motivo de las sociedades civiles que adoptasen una forma mercantil con limitación de responsabilidad al cuanto de las aportaciones, y resolvió su jurisprudencia que, sin embargo, los socios serían tenidos por obligados conjuntamente, sobre sus bienes personales y por partes iguales, conforme al artículo 1.863 (122). Y con motivo de referirnos esto, se pregunta Garrigues qué hubieran dicho aún los autores franceses que, como Lyon-Caen y Renault, abogaban por la limitabilidad, ante el texto del artículo 1.670 de nuestro C. c., que sólo permite la aplicación de las disposiciones del C. de c. en cuanto no se opongan a las del Código civil, siendo una de éstas la del artículo 1.911, que consagra el principio de la ilimitación de responsabilidad. Y poco antes deja escrito que “la adopción de la forma mercantil anónima por una sociedad de objeto civil, que entraña forzosamente la limitación de la responsabilidad de los socios (v. art. 153 del C. de c.), iría contra la norma civil que se contiene en el artículo 1.698 del C. c.”. Es decir; que para este maestro mercantilista parece que los artículos 1.698 y 1.911 del Código civil constituyen obstáculos insuperables que impiden pueda establecerse la limitación de responsabilidad de los socios civiles, aun adoptando la forma mercantil. Tratemos de ver lo que de ello haya, examinando cada artículo de los citados.

A) *Artículo 1.698 del Código civil.*—Su derogabilidad.—Ya hemos visto que su conservación en el Código civil se juzga, en cierto modo, de inoportuna y contradictoria con el 1.697, en cuanto habla de obligar a los socios respecto a las deudas sociales, cuando el precedente trata, más correctamente, de la vinculación hacia terceros de la misma sociedad. Pero, inconscientemente quizá, consagra la responsabilidad subsidiaria de los propios socios por las deudas sociales.

Ahora bien; ¿habrá que tomar tal precepto como imperativo e inmutable? Como ya hemos visto también, se admite sin discusión, tan-

(121) Ob. cit., t. I, núm. 1.º, pág. 369 n.

(122) V. ESCARRA, ob. cit., t. II, pág. 533. Dicho art. 1.863 francés establece que “los asociados quedan obligados, respecto al acreedor con el que han contratado, cada uno por una suma y parte iguales, aunque la parte de uno de ellos en la sociedad fuese menor, si el act. no ha restringido, especialmente, la obligación de éste sobre el pie de esta última parte”.

to por la doctrina española como francesa e italiana (123), que se puede pactar la responsabilidad solidaria e indefinida de los socios, lo mismo que en la colectividad mercantil, en beneficio de los terceros con quienes trata la sociedad. ¿Por qué obstáculos inamovibles no podrá autorizarse el pacto que limite la responsabilidad de los socios al *quantum* de su aportación, bien expresamente estipulado en la reglamentación contractual de la sociedad civil propiamente dicha, bien implícitamente por adopción en bloque de una de las formas mercantiles, que lleven consigo aquella limitación?

El artículo 1.691 del Código civil impide la exención total de responsabilidad de uno o más socios, salvo el industrial, en las pérdidas. Pero, como entiende Batlle, ello implica evidentemente que se permite la mera limitación de esa responsabilidad (124).

Y el argumento del respeto debido al interés de los terceros nos parece ser de vigor más aparente que real. Cabría decir que con la solidaridad de responsabilidad pactada resultan beneficiados los acreedores de la sociedad, cuya garantía se puede robustecer, pero no debilitar, ya que lo último lesionaría el orden público. Pero ello es cierto a medias solamente. Los acreedores de la sociedad no son más respetables que los acreedores individuales o particulares de cada socio. Pues bien; la no solidaridad beneficia a los acreedores particulares, cuya garantía es así mayor, pues saben que los acreedores sociales, que les son preferidos frente al patrimonio social, no pueden, rebasado aquél, hacerles la concurrencia frente al patrimonio individual de cada socio, sino por su parte proporcional. Y, sin embargo, no se duda en reconocer eficacia al pacto de solidaridad que permite, contra lo que dichos acreedores esperaban según el orden legal natural, a los acreedores sociales repetir sobre el patrimonio particular de cualquier socio por la totalidad de su crédito, con mengua y perjuicio evidente de su campo responsable.

Si ello es factible, ¿en virtud de qué interés, a falta de otro precepto que lo establezca así, puede impedirse esa limitación de responsabilidad, que, al sustraer el resto del patrimonio de los socios a las resultas de la gestión social, aumenta y robustece la garantía de sus acreedores particulares? Cabe decir aquí que, lo mismo que la hipoteca limitada del artículo 140 de la Ley hipotecaria, aumenta y enriquece el crédito individual, por lo que sólo plácemes y facilidades merece (125). Máxime teniendo en cuenta la posibilidad de salvar, como luego veremos, la integridad del orden público que podría verse perturbado con la posible sorpresa a los terceros que traten con la sociedad.

(123) V. MANRESA, cit., pág. 390; BATLLE, íd., pág. 144; ESCARRA, íd., II, página 533; DE GREGORIO, íd., pág. 76.

(124) V. p. 144 de la obra y lugar citos.

(125) V. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, IV, pág. 104 y ss.; MARÍN PÉREZ, "La hipoteca de responsabilidad limitada", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945. II, pág. 422 y ss.; SANZ, *Comentarios a la Nueva Ley Hipotecaria*, pág. 389 y ss.

B) *Apoyo de las cláusulas limitativas de responsabilidad.*—Por otra parte, si de la argumentación localista en torno al artículo 1.698 nos remontamos a la abstracción de los principios para buscar allí la idea orientadora que nos preste la solución concreta, resulta que nos hallamos plenamente ubicados, en este caso, en el ámbito de las cláusulas modificativas de responsabilidad. Y en tal aspecto, las conclusiones jurídicas son lo bastante claras y aceptadas para que nos permitan apoyar una posición favorable a nuestra tesis.

La doctrina de las “cláusulas de no responsabilidad” parece haber sido elaborada por la doctrina y la jurisprudencia francesas. Tras una evolución bastante rápida—pues su mayor actualidad arranca de mediados del siglo XIX—se han impuesto sus directrices a la ciencia jurídica con generalidad, llegando a cristalizar en el Código civil italiano de 1942. Prescindiendo ahora de las que persiguen la total exoneración (126), resulta que las referentes a la limitación cuantitativa de responsabilidad son aceptadas con rara unanimidad, reduciéndose las menudas disensiones al alcance o repercusión que tendrá la intervención de la culpa (127).

(126) Que son las que ofrecen más complicada problemática, con diferentes soluciones, según se trate de la delictual o aquiliana, o de la meramente contractual, con diferentes matizaciones conforme sea causada por dolo o culpa grave o sólo por la culpa leve o negligencia, etc. V. to'lo ello con bastante detalle y precisión en PLANIOL Y RIPERT, ob. cit., t. VI, págs. 565-580; JOSSE-RAND, idem id., II, págs. 282-287 y 395-398; BONNECASE, *Elementos de Derecho Civil*, trad. esp., II, págs. 421-423; VICENTE Y GELLA, *Convenciones de no responsabilidad*, en “Rev. Crítica de Der. Inmob.”, año 1928; y referencias en tratados y obras generales como ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Contestaciones mecanografiadas a progr. de Opos. entre Not.*, de 1946, tema XXVII, páginas 10 y ss.; CASTÁN Y BATLLE, “Apéndice” a la 3.ª edic. de *Derecho Civil* para Registros, 1945, II, págs. 87-92.

(127) Así, en Francia, para PLANIOL Y RIPERT, “las cláusulas por medio de las cuales se limita la responsabilidad a cierta suma son plenamente válidas y producen sus efectos aun cuando se probare la culpa. Es esta una aplicación de la cláusula penal. Son válidas aún en materia de transporte terrestre, ya que la Ley Rabier solamente se refiere a las cláusulas que suprimen toda responsabilidad. Es requisito que la indemnización pactada tenga cierta importancia en relación con el valor del negocio, reservándose a los tribunales el derecho de anular la cláusula cuando la suma aquella sea irrisoria; además, la cláusula es ineficaz si el acreedor prueba que el incumplimiento se debe a dolo o a culpa grave del deudor” (Ob. y lug. cits., 575). Según JOSSE-RAND, “la jurisprudencia admite constantemente que la responsabilidad contractual pueda ser eliminada, parcial o totalmente, por una cláusula de no responsabilidad; surgida de la convención, es susceptible de ser eliminada por la misma convención: a diferencia de la responsabilidad delictual, ésta no es de orden público”. Y tras advertir la unanimidad en exceptuar el dolo “contra el cual toda reserva contractual es impotente”, plantea el problema de si la culpa grave será tratada con el mismo rigor, mostrándose contrario al mantenimiento incondicional del principio *culpa lata dolo aequiparatur* y sus consecuencias (Ob. y lug. citados., págs. 395-396). En Italia, el C. c. de 1942 ha dado estado legal a las cláusulas de irresponsabilidad al legislar sobre su límite. Según su artículo 1.229, “es nulo cualquier pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa grave. Es nulo del mismo modo cualquier pacto de exención o limitación de responsabilidad para los

En la doctrina española, las cláusulas limitativas de responsabilidad cuentan también, en principio, con la aceptación de los autores que de ellas se han ocupado, si bien, de ordinario, apenas han superado los términos genéricos e informativos. Según Valverde, "dado el principio dominante en nuestra legislación, el de la autonomía de la voluntad, y aceptada la responsabilidad subjetiva en términos generales, nada hay que oponer a la licitud de aquellas cláusulas. Pero esta regla tiene excepciones, pues aplicarla a todos los casos resultaría una inmoralidad evidente en algunos casos y sería acaso una contradicción con el interés público". Y añade algunas limitaciones que fijan el campo conforme al derecho comparado (128).

Para Castán y Batlle, las cláusulas de limitación de la responsabilidad "son aquellas en virtud de las cuales se fija una cantidad máxima, de la que la responsabilidad no puede pasar". "No parece —agregan— que en principio estas cláusulas sean ilícitas, a menos que su evaluación se haga conscientemente por bajo del importe del daño eventual, en cuyo caso puede encubrir un fraude y deben declararse nulas" (129).

Roca Sastre y Puig Brutau tratan la materia bastante extensa y detalladamente, con tendencia a la admisibilidad de estas cláusulas dentro de los cauces normalmente señalados. Parten de una distinción según el aspecto subjetivo u objetivo a que afectan. En cuanto a lo primero—cuando se responde—, aunque reconocen que "existe ya, preordenado por la ley, el criterio o manera de saber si el deudor es responsable", admiten que "a la vez, la voluntad contractual puede, en cierta y discutida medida, alterar las reglas que la ley formula al respecto y desviar, tal vez, la declaración de responsabilidad de las consecuencias que estrictamente se producirían *ex lege*". Y en tal sentido, señalan los topes normales, hacen algunas conclusiones de posible exención, sientan el principio general de factible limitación,

casos en que el hecho del deudor o de sus auxiliares constituya violación de obligaciones derivadas de normas de orden público". Luego fuera de esos límites, mejor dicho dentro de ellos, serán válidos. (V. las interesantes explicaciones de MESSINEO en su *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, cit., I, número 2.º, págs. 251-253.) En Derecho alemán parece ser admitidos los pactos de exoneración de responsabilidad excepto las derivadas del dolo propio que a diferencia del dolo de los representantes sería contrario a las buenas costumbres (V. ENNECERUS-LEHMAN, ob. cit., II, núm. 1.º, págs. 223 y 229). En Suiza "las partes pueden rebajar mediante contrato la responsabilidad del deudor, pero no eximirlo totalmente de ella, mientras que la responsabilidad por el personal auxiliar puede restringirse o eliminarse en absoluto" (V. VON TUHR, *Tratado de obligaciones*, Madrid, 1934, t. II, págs. 99-100 y 107).

(128) Tomo "Apéndice" a la 3.ª edic. de su *Tratado...* cit.: Valladolid, 1932, pág. 6 del t. III.

(129) Ob. y lug. cit. El mismo CASTÁN, en la 7.ª edic. de su *Derecho Civil Español común y foral*, t. III, en curso de publicación, trata de esta materia con mayor amplitud y detalle, mostrándose favorable a la admisión, dentro de los normales moderados límites, de las cláusulas *modificativas de responsabilidad* respecto a los casos, cuantía y concreción (V. págs. 160-163).

todo lo cual hacen extensivo a la delimitación cuantitativa y cualitativa o concrecionadora del objeto con que se responde (130).

Pero las conclusiones más fundadas y radicales en la doctrina española, se deben al magnífico estudio monográfico de Vicente y Gella, quien las apoya en los antecedentes históricos del derecho romano y en dispersos artículos del Código civil. Y es que para este autor, "los preceptos jurídicos que rigen la responsabilidad entre contratantes tienen una misión secundaria: interpretan y suplen el querer de los individuos. Ellos derivan su energía vinculante de un acuerdo tácito que se presume haber mediado entre las partes, aceptando las prescripciones del derecho común. Son, por tanto, normas permisivas cuya aplicación decae ante una declaración contraria, porque la voluntad expresa debe prevalecer sobre la voluntad tácita" (131).

"En efecto—escribe más adelante—, con arreglo al Código civil, la responsabilidad contractual depende en su grado y extensión de la voluntad de las partes; diversos artículos pueden citarse en apoyo de esta opinión: en primer lugar, el artículo 1.091, admitiendo el principio de la autonomía de la voluntad, permite a las partes determinar como ellas quieran los efectos de sus convenciones; en segundo término, el artículo 1.104 prevé una responsabilidad más o menos extensa, según las diferentes obligaciones, y finalmente, el artículo 1.105 reconoce que, en virtud de la convención, puede asumirse la responsabilidad por caso fortuito".

(130) *Contestaciones...* cit., tema XXVII, págs. 10-20.

(131) *Convenciones de no responsabilidad*, "Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario", 1928, pág. 567. Y apoya o refuerza esta afirmación con textos del Derecho romano fundamentando la libertad de las convenciones: el tan elocuente de Ulpiano en la Ley "Contractus" que, tras determinar la extensión normal de la responsabilidad en los diversos contratos, añade: "Sed haec ita nisi si qui nominatim convenit, vel plus vel minus, in singulis contractibus: non hoc servabitur, quod initio convenit: legem enim contractus dedit" (D. 23, D. 50, 17); los ejemplos de las fuentes que permiten la agravación de responsabilidad, junto a los que permiten atenuarla y aun suprimirla—principalmente en materia de compraventa—: la misma formación de la garantía del saneamiento por evicción que empezó como pacto agregado a la venta de las cosas "nec mancipi" en forma de "stipulatio duplae". Completa esta investigación desde otro punto de vista: el de la eficacia de los pactos como modelando la "natura contractus" o elementos naturales—de índole intermedia entre "esenciales" y "accidentales"—del contrato estudiado a través de los escolios de las *Basilicas*, pareciéndole que los textos de los Códigos modernos son una traducción de los romanos reguladores de la correspondiente responsabilidad, así como en ellos ha sido recibida la construcción de la "natura contractus". Lo que sucede a su parecer es que la doctrina había olvidado todo ello; mejor dicho, no supo relacionar ello con la actualización de las "cláusulas de no responsabilidad" que se presentaron a mediados del siglo XIX como una novedad, novedad que sólo lo era por la naturaleza de los contratos a que se incorporaban: los de adhesión, despertándose en los juristas el recelo de que así predominaría abusivamente una de las partes y amenazaría la seguridad comercial por su aplicación a los transportes: lo que llevó a la proscripción inicial sin reparar que contradecía no sólo el Derecho romano, sino también los preceptos de los Códigos civiles (V. págs. 567 a 576 y 648 a 650).

“Además de la modificación que resulta de la declaración expresa de la voluntad de las partes, puede la responsabilidad venir acentuada, sea mediante modificaciones en el contrato, que, como dice Chironi (v. Chironi: “Colpa Contrattuale”; Torino, 1894, pág. 95), implican por disposición legal tal aumento—estimación, ej.: artículo 1.745 Código civil—, sea mediante un hecho al cual el obligado ha dado causa—mora—artículo 1.100 C. c.”.

“Por último, puede invocarse la validez de la cláusula penal, que permite a los interesados tasar previamente la cuantía de la indemnización—artículos 1.152-1.155 C. c.—, en virtud de cuyo argumento la cláusula de exoneración adopta la figura jurídica de una cláusula penal mínima”.

“Concluimos, pues, que la cláusula de no-responsabilidad es en sí misma un convenio jurídico perfectamente válido, y, por tanto, deberá reconocerse su licitud si en el caso singular en que se aplique concurren los requisitos que exige toda convención: capacidad, consentimiento, objeto y causa” (132).

Más adelante declara el mismo autor “que las cláusulas de no-responsabilidad sufren otras restricciones derivadas del orden público”.

“En primer término, es preciso que ellas constituyan una convención verdadera, un acuerdo de voluntad libremente consentido; en esto se funda la nulidad de las cláusulas insertadas en un contrato, en el que una de las partes ha abusado de la inexperiencia o de la debilidad de la otra”.

“En segundo lugar, el acuerdo debe constar expresamente: no siendo, por tanto, suficiente una declaración unilateral del deudor declinando su propia responsabilidad; si bien estimamos ser innecesaria una cláusula manuscrita, pudiendo bastar una cláusula impresa” (133).

Y aquí es donde puede plantearse alguna dificultad para nuestro caso: en que la limitación de responsabilidad de los socios de la civil a un *máximum* determinado (coincida o no con el cuánto de su participación social), si bien no ofrece dificultad respecto a los demás socios, puede estimarse que no es más que una delimitación previa unilateral, de las reputadas insuficientes, respecto a los terceros que contraten con la sociedad.

Sin embargo juzgamos procedente la solución favorable o posibilitadora. Es un supuesto parecido—muy similar, sino igual—al citado por *Bonnesse*, en que las cláusulas de no-responsabilidad “aparecen como constitutivas de un artículo especial de los estatutos corporativos de las grandes empresas industriales, comerciales o agrícolas. Estas, con anterioridad, declaran, mediante sus estatutos, que no responden del incumplimiento culpable de los contratos que celebren ni de cualquiera culpa en que incurran con motivo de los mismos”. Y como el mismo tratadista aclara, “es indudable que aun bajo esta for-

(132) Ob. y lug. cit., 651.

(133) Ob. y lug. cit., pág. 723.

ma, las cláusulas de irresponsabilidad prácticamente están destinadas a presentar, finalmente, un aspecto contractual, puesto que únicamente realizarán sus fines por efecto de los contratos celebrados con la empresa, y porque tales contratos comprenden, como condiciones, implícita o expresamente, las disposiciones de los estatutos" (134). Y en tal sentido parecen ser admitidas por la doctrina y jurisprudencia, máxime cuando más que de eliminar totalmente la responsabilidad, se trata de tasarla o limitarla, fijando, anticipadamente, un máximum, según hemos demostrado con citas de tratadistas anteriormente. Y sobre todo, podemos agregar, cuando ello puede exteriorizarse correctamente mediante una adecuada publicidad, como luego trataremos de explicar.

C. *Examen del art. 1.911 del Código civil.*—Resulta casi un lugar común el considerar a este artículo consagrador de la responsabilidad ilimitada. Ya hemos visto la postura de Garrigues; y apenas difiere, en principio—aunque disientan de él en cuanto a su derogabilidad—la de la mayoría de los civilistas. Así leemos, *ad exemplum*, en *Mucius Scaevola*: "Respecto a la responsabilidad ilimitada, aunque nada diga este texto—se refiere al art. 1.698 C. c., que comenta—resulta de la norma de la *Lex Poetelia* traducida al art. 1.911: "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros" (135). Mas bien mirado, lo que aquí se establece es, sí la responsabilidad universal cualitativa; pero nada se trasluce ni revela de la cuantitativa. Por lo que si bien obstaculizará las limitaciones cualitativas o patrimoniales propiamente dichas, en nada se opondrán a aquellas limitaciones cuantitativas que, además, son más del débito que del patrimonio responsable.

Pero examinemos las cosas más despacio para ver lo que en realidad se establece en el art. 1.911 y deducir después lo que verdaderamente lo contradice, aclarando de paso el auténtico sentido de las palabras, frases o giros que quizá se utilicen sin demasiado rigor, acarreado la consiguiente confusión conceptual.

a) *Sentido de la responsabilidad universal del art. 1.911.*—Aunque no sea éste el lugar adecuado para un amplio y exhaustivo estudio del concepto de obligación, es imprescindible alguna referencia para fijar aquel sentido. Pues en definitiva, no se trata sino del aseguramiento de que aquéllas tendrán su debido cumplimiento.

Si bien el Código civil español no define la obligación, sino sólo

(134) *Elementos de Derecho Civil*, II, págs. 421-423. Por lo demás, para lo comprensión de los contratos de "adhesión" y su peculiar interpretación en nuestro derecho, ver la importante sentencia de 27 de febrero de 1942 e interesante comentario de POLO en "Rev. de Der. Priv.", noviembre de 1942, páginas 708 y siguientes.

(135) Ob. cit., t. XXV, continuado por BATLLE VÁZQUEZ, núm. 670, página 144. Una breve, pero sustanciosa historia de la evolución que culminó en el artículo 1.911, puede verse en DÍAZ PABLO, *Teoría General de las Obligaciones*, I, págs. 164-165, o en CASTÁN, 7.ª edic. de su "Der. Civ. Esp. com. y for.", III, págs. 156-158.

en su aspecto pasivo—al decir en el art. 1.088 que “toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”—ello no impide que se adapten a nuestro derecho construcciones doctrinales que la conciben como “relación jurídica constituida a virtud de ciertos hechos entre dos o más personas, por la que una, denominada acreedor, puede exigir de otra, llamada deudor, una determinada prestación” (136).

En virtud de la distinción—que no disociación—de los dos elementos *débito* y *responsabilidad*—el *Schuld* y el *Haftung* tan trabajados por el derecho germánico—la doctrina diseñó perfectamente estos dos momentos o aspectos de la relación obligatoria. De un lado, el deber del deudor de observar una cierta conducta—prestación—al que correspondía el derecho del acreedor que tenía por objeto dicha prestación; del otro, la responsabilidad del patrimonio del deudor a la que correspondía el derecho del acreedor a agredir los bienes del deudor, o sea un derecho que tenía por objeto los mismos bienes. Por lo que Roca Sastre ha podido definir la obligación como “relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (o varios) tienen el derecho a exigir (*pretensión*) a otro sujeto (o a varios), una determinada *prestación* (consistente en dar, hacer o no hacer) y, en su defecto, a *procurarse una congrua satisfacción o equivalente en dinero* (el *id quod interest*, o el interés contractual positivo) a base de la *responsabilidad patrimonial* del deudor”. Es decir: que la obligación atribuye al acreedor una pretensión a la prestación del deudor con la consiguiente responsabilidad patrimonial subsidiaria, por lo que la pretensión de aquél tiene una doble posibilidad: la prestación del deudor, y, subsidiariamente, la indemnización por incumplimiento (137). Y así como el artículo 1.088 del Código civil consagra el débito, el 1.911 establece la responsabilidad patrimonial disponiendo que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

La función que desempeña dicho art. 1.911 queda así bien clara: sujeta el patrimonio entero del deudor al cumplimiento de sus obligaciones; hace posible que los bienes presentes y futuros del deudor sirvan para que el acreedor vea satisfecha su pretensión. Queda comprometido todo el patrimonio del deudor al cumplimiento de sus obligaciones. Y la primera consecuencia que salta de esta explicación es lo erróneo de hacer descansar en dicho precepto la responsabilidad *ilimitada*, en cuya equivocada concepción radica la posición que aquí tratamos de neutralizar o combatir.

Como ya advirtió Roca Sastre, la calificación de “responsabilidad patrimonial ilimitada” referida al principio que establece el repetido art. 1.911 C. c., no es del todo aceptable. *No cabe confundir los*

(136) V., por ejemplo. DE DIEGO, *Instituciones...*, II, pág. 8; CASTÁN, 5.ª edición de ob. cit., II, pág. 440; PÉREZ Y ALGUER, *idem id.*, II, núm. 1.º, página 6.

(137) *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948, IV, pág. 81. V. también CASTÁN, ob. y lug. cit., págs. 444 y siguientes.

conceptos de responsabilidad universal y de responsabilidad ilimitada. Dicho artículo afirma que la responsabilidad del deudor afecta a todo su patrimonio, o sea, con indiferencia de cuáles sean los elementos integrantes, salvo ciertas modalidades especiales. Determina las cosas sobre las cuales se hará efectiva la responsabilidad, pero no la ilimitabilidad del "quantum" exigible" (138).

Pero si se mira mejor, resulta que la confusión arranca más bien del uso indebido de la palabra "responsabilidad". Técnicamente ella implica y significa la situación jurídica en que se encuentra el patrimonio del deudor, expuesto a la aprehensión del acreedor, en aseguramiento de su derecho; y, por principio, ella es universal e ilimitada. En cambio, cuando se le adosa el adjetivo "limitada", se refiere, de ordinario (139) al aspecto cuantitativo o medida de la exigibilidad, que es propia y técnicamente "deuda o débito", ni más ni menos, conforme a esa distinción—*Schuld* y *Haftung*—a que antes hemos aludido. Lo que sucede es que "como en principio el patrimonio responde por toda deuda de su titular y únicamente por las suyas, es muy comprensible que "deuda" y "responsabilidad" a menudo se unan como sinónimos;

(138) Tema XXVII de "Contestaciones al programa de 1946" cit., página 7, y análogamente en "Der. Hipot." cit., pág. 90, núm. 5. No es éste el único de los errores e imprecisiones en que se incurre al hablar de este precepto. Y así, quizá resulte incorrecto también, por exageración, ese empeño de ROCA SASTRE en configurar unilateralmente el oficio de la responsabilidad patrimonial. "El patrimonio deudor—dice—no responde directamente de las obligaciones... *in natura*...; sólo se presenta como base pasiva de suministro al acreedor de un valor pecuniario de indemnización. El acreedor sólo puede atacar al patrimonio del deudor para extraerle el valor en cambio indemnizatorio (*distractus*); pero, como es natural, no puede exigir que el patrimonio cumpla específicamente la prestación" (pág. 83 de su "Derecho Hipotecario" cit.). Y, sin embargo, lo "natural" parece que en mérito de ese artículo se procure el cumplimiento *in natura* siempre que sea posible. Al decir que "el deudor responde del cumplimiento resulta evidente que arbitra el instrumento de la responsabilidad para asegurar la realización del derecho del acreedor, lo que será posible siempre que el objeto de la prestación sea susceptible de ser proporcionado al titular con independencia de la actividad voluntaria del deudor. Comparar artículos 1.096, 1.098, 1.099 del Código civil, y v. NICOLÒ, *Comentario del Codice Civile*, libro sexto, Bologna e Roma, 1928, pág. 5 y ss., así como MESSINEO, *Manuale...* ya cit., v. 2.º, parte 2.ª, págs. 20 y ss. Algo parecido podría decirse también del afán de polarizar la virtualidad de la "responsabilidad patrimonial" al hecho del incumplimiento que siguiendo a NICOLÒ (ob. cit., pág. 4) arrastra a ROCA SASTRE (tema 27, ya cit., pág. 6), y en cierto modo al mismo maestro CASTÁN (7.ª edición de su ob. cit., II, pág. 156), cuando resulta tan evidente que, producto de esa "responsabilidad patrimonial", ya antes del incumplimiento tiene el acreedor algunos poderes—y ejercitables—sobre el patrimonio del deudor: puede embargar preventivamente sus bienes; ejercitar, en determinados supuestos, derechos y acciones del deudor por la acción subrogatoria; impugnar, por la pauliana, actos que el mismo realice en fraude para hacerse insolvente, etc. (V. DÍAZ PAIRÓ, *Teoría General de las Obligaciones*, v. t. I, 2.ª edic., pág. 18).

(139) Decimos "de ordinario" porque, como se verá más adelante, existen supuestos auténticos y verdaderos de "responsabilidad limitada", que como excepción a la "universal", aluden, constriñéndolo, al aspecto real o patrimonial que propiamente "responde".

se habla de responsabilidad por culpa, por caso fortuito, etc., aludiendo con eso a la obligación de reparar el daño, por la cual, naturalmente, en última instancia, debe responder el patrimonio del deudor" (140): Pero para manejar o esgrimir el art. 1.911 como veto o límite de modalidades o combinaciones jurídicas, es preciso profundizar algo más, traspasando el sentido vulgar de los términos, y ateniéndose, más que a la expresión usual, a la entrañable esencia de los fenómenos que se parangonan o contraponen.

b) *Lo que realmente se veda en el artículo 1.911 y lo que no está previsto.*—1.º Según esto, lo dogmáticamente ordenado en dicho artículo es que la totalidad del patrimonio queda sujeto al cumplimiento de las obligaciones de su titular. Es esto lo que constituye elemento esencial de la obligación, aunque no sea más que como instrumento idóneo para que el acreedor pueda conseguir la prestación debida si la espontánea actuación del deudor no se la procura. Pero aun en este aspecto, si bien su total y absoluta eliminación no es admisible sin que se destruya la esencia jurídica de la relación obligatoria, nada impide, en cambio, la posibilidad de su limitación; ella se da cuando determinados bienes del deudor se sustraen a la acción ejecutiva de todos o algunos de sus acreedores. Lo cual puede hacerse en doble sentido, o por doble fundamento: por la propia cualidad de algunos bienes que se estima deben librarse de la acción ejecutiva de alguno o todos los acreedores—supuesto de bienes inembargables—, o por la cualidad de ciertos créditos que se quiere sean realizados sobre determinados bienes del deudor en que se concreta la responsabilidad.

Lo que sucede es que la mayoría de estas auténticas y propias limitaciones de responsabilidad son de origen legal. Como que en el nuevo Código civil italiano se sienta ese criterio restrictivo por el artículo 2.740, que después de ordenar en el párrafo 1.º que “el deudor responde del cumplimiento de la obligación con todos sus bienes presentes y futuros”, ordena en el 2.º que “no se admiten las limitaciones de la responsabilidad más que en los casos establecidos por la ley”. Mas en el Código español no existe tan expresa prohibición, y aunque con criterio indudablemente restrictivo, caben señalar algunos supuestos de limitación convencional de responsabilidad.

a') Casos de sustracción absoluta—respecto a todos los acreedores—de ciertos bienes, son todos los de inembargabilidad (141); de sustracción relativa respecto a determinados acreedores, pueden considerarse, entre otros, los originados por el artículo 655 del Código civil—legatarios y acreedores del causante que no pueden aprovechar

(140) VON TUHR, *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil alemán*, Buenos Aires, 1946, vol. I, núm. 1.º, pág. 141.

(141) V. arts. 1.449-1.452 de la Ley de E. c. y los que establecen las leyes especiales, vestigios todos ellos, según parece, del antiguo *beneficium competentiae*, favor concedido a algunos deudores de no tener que pagar íntegramente su deuda si con ello quedaban reducidos a la indigencia.

se de la reducción de donaciones inoficiosas—(142); por último, se da la concreción de responsabilidad de ciertos créditos sobre determinados bienes en supuesto considerado típico, de la “aceptación de herencia a beneficio de inventario” (art. 1.023, núm. 1.º en relación con el 2.º) (143), los bienes gananciales y parafernales (arts. 1.408 y ss., y 1.386), y otros similares supuestos en que se da la estructura de los “patrimonios separados”, pudiéndose considerar uno de ellos, el de los artículos 587 y 590 del Código de comercio sobre “abandono de la nave” con que el naviero se exime de la responsabilidad derivada de hechos culposos del capitán... (144). Por lo demás, todas estas limitaciones tienen el común denominador de su origen legal.

b') Como limitaciones a la responsabilidad patrimonial de origen voluntario o convencional, pueden citarse en nuestro derecho estos dos supuestos cuya posibilidad está prevista por el propio legislador, y que corresponden, respectivamente, a las dos modalidades de sustracción de embargo y concreción para ciertos créditos: 1.º El autorizado por el artículo 1.807 del Código civil al expresar que “el que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer al tiempo del otorgamiento que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista”. 2.º El introducido por el artículo 140 de la vigente Ley Hipotecaria al permitir que por pacto “la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes

(142) Los otros dos que citan ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU en *Contestaciones...* cit., pág. 19, inspirados quizá en NICOLO (ob. cit., pág. 12)—del artículo 162 y los 1.408 y ss. y 1.386—más bien nos parecen corresponder a la especie siguiente de “concreción de responsabilidad sobre ciertos bienes”. El que se pretenda—sin éxito—hacer efectivo un crédito como “gastos de educación e instrucción”—sabiendo que no lo fué así y demostrándose—sobre bienes donados a tal efecto, así como sobre bienes gananciales o parafernales obligaciones contraídas sin las formalidades para comprometer a la comunidad o sin redundar en provecho de la familia, sabiendo todo ello el acreedor, no varía su verdadera esencia de que tales bienes estén sujetos sólo a la satisfacción de tales obligaciones.

(143) En Derecho español no caben, a mi juicio, las dudas que se dan en otros regímenes, como el italiano, cuyo artículo 490, núm. 2, dispone que el heredero “no está obligado al pago de las deudas hereditarias y de los legados más allá del valor de los bienes a él llegados”, dando pie para que se estime supuesto de reducción de deuda, si bien apoya la otra solución el artículo 497, que establece excepcionalmente los casos en que el heredero podrá ser obligado a pagar con sus propios bienes, como razona NICOLO, ob. cit., páginas 12-13. Conforme al artículo 1.023 español: “1.º El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia, sino hasta donde alcanzan los bienes de la misma... 2.º... 3.º No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia.”

(144) Para un más amplio y detallado estudio de esta parte, v. NICOLO, obra y lug. cit., pág. 11 y ss.; MESSINEO, ídem íd., págs. 52 y ss.; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Contestaciones...* cit., págs. 17-19; CASTÁN, “Derecho Civil Español com. y for.” 7.ª edic., III, pág. 162. No citamos otros supuestos a que aluden algunos autores por parecernos dudosos correspondan a estos fenómenos, siendo más bien casos de limitación de deuda, o de inexistencia de ella en el responsable subsidiario, etc.

hipotecados”, en cuyo caso “la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor” (145). Fuera de las citadas no parece fácil puedan darse otras excepciones convencionales. Como dice Diaz Pairo, “la responsabilidad limitada tiene carácter excepcional, dada la declaración amplia del artículo 1.911, pudiendo admitirse sólo cuando media disposición expresa del legislador” (146). De ahí las graves dificultades que plantean la admisión de la sociedad anónima o la limitada de un solo accionista o socio, o la empresa individual limitada; pues todo ello es lo que real y verdaderamente se opone al artículo 1.911, cuyo imperio resulta que no se constriñe al campo meramente civil, sino que extiende su imperio a todo lo obligatorio, incluso el mercantil (147).

2.º En cambio, queda totalmente fuera del alcance del artículo 1.911 todo aquello que en la realidad, cualquiera sea la confusa terminología con que se le designe, implica limitación “cuantitativa” de la responsabilidad, mejor dicho: limitación o determinación de la deuda. Esto sólo afecta al primero de los elementos—*débito* y *responsabilidad*—de la relación obligatoria, y es evidente que la reglamentación del segundo, que es el subsidiario y complementador, no puede afectar ni restringir la autonomía del primero, fundamental y principal elemento.

Y aquí sí que la unanimidad de los tratadistas aparece sin fisuras

(145) V. ROCA y PUIG, lug. cit., pág. 19; ROCA, *Derecho Hipotecario*, IV, página 89 y ss.; CASTÁN, ob. y lug. cit.: DÍEZ PAIRO, *idem* id.

(146) Ob. y lug. cit., pág. 165.

(147) Como dice NICOLÒ: “Deberán considerarse ilícitos, como en fraude de Ley, todos los medios indirectos que el deudor pueda poner en juego para limitar preventivamente su responsabilidad”, entre los cuales se comprenden esos patrimonios separados. Sabida es la solución que el C. c. italiano de 1942 ha dado a la cuestión en sus artículos 2.362 y 2.497, pág. 2: establecer que el socio único de tal sociedad responde ilimitadamente de las obligaciones sociales contraídas durante el tiempo en que las acciones o participaciones sociales estuvieron concentradas en sus manos (V. NICOLÒ, ob. cit., 15 y 16). Sobre patrimonios separados y patrimonios autónomos, cuya autonomía puede ser perfecta o imperfecta, así como la dificultad de constituirse por particulares individuales, puede verse un breve pero interesante y claro estudio en MESSINEO, ob. cit., I, págs. 376-379. En la doctrina alemana: “es discutible si puede restringirse por contrato la responsabilidad, esto es, si es lícito convenir que la ejecución procederá únicamente sobre ciertos elementos del patrimonio o no se admitirá respecto a ellos”, según vemos en VON TUHR (obra citada, I, núm. 1.º, pág. 401) y ENNECERUS-LEHMANN (ob. cit., II, núm. 1.º, página 11), aunque los últimos sean partidarios de su admisión. En Derecho español creemos no cabe admitir sin grandes reservas la postura de PÉREZ Y ALGUER (ob. cit., pág. 12) y CASTÁN (ob. cit., 5.ª edic., pág. 451), que se apoyan para su admisibilidad en el art. 1.255 del C. c. Puede verse también una posición favorable en PALÁ MEDIANO, Conferencia “Sociedades unipersonales”, ciclo 1946 en Col. Notar. Valencia, págs. 93 y ss., principalmente. 108-119; TRÍAS DE BES, *La limitación de responsabilidad aplicada a las empresas individuales*, “Anales de la Acad. Merit. del Notariado”, t. IV, págs. 363 y siguientes. Su examen y crítica rebasaría nuestro actual propósito.

en general. Para Von Thur, aparte de que la medida de la obligación puede estar condicionada por la situación patrimonial del deudor—en la obligación alimenticia y en la que surge de la promesa de donación—“no cabe duda de que procede una limitación de la obligación, ya que su contenido puede ser determinado por las partes en todos sus elementos. La fianza puede convenirse por un importe máximo; la locación de obra estipularse en forma que el locador no invierta más de cierta suma, etc. En tal categoría debiera clasificarse también el caso en que el deudor se obliga tan sólo en la medida en que le es posible efectuar la prestación con elementos determinados de su patrimonio; tal condición constituye un límite para la obligación del deudor...” (148).

“A veces—escriben por su parte Enneccerus-Lehmann—la responsabilidad o sujeción se limita a *un importe máximo* (responsabilidad cuantitativamente limitada). Entonces se trata de una *delimitación del contenido de la deuda*, de una obligación delimitada, que nos parece limitada porque la comparamos con otra de mayor alcance. Pero al contenido delimitado de la deuda está sujeto todo el patrimonio del deudor, y la ejecución forzosa es admisible sobre todos los objetos del patrimonio, que están sometidos en general a la ejecución forzosa. El derecho romano limita de este modo la responsabilidad del *pater familias* por las deudas del peculio al importe del peculio, y en el derecho actual, por ejemplo, los *membros de una compañía con responsabilidad limitada* sólo responden de las deudas de la Compañía *hasta el importe de un límite de responsabilidad...* Indudablemente se admite también una *limitación convencional de esta índole*, por ejemplo, la limitación a un máximo de la fianza por un crédito abierto” (149).

Claro que esto de la delimitación del *débito* es una cosa obvia por demás. Como observa Messineo, “en sustancia, *todo débito que no sea ilíquido es siempre limitado* a aquello que establece el título del cual nace; *el débito limitado es la regla*” (150). Por lo que cuando se habla de obligaciones delimitadas en cuanto a su contenido, hay que entender—como advierten los autores—que la limitación resulta de comparar la obligación delimitada—por ley o por las partes—con el mayor o distinto alcance que naturalmente podría aquélla tener. Y en este sentido resulta de lo más correcta la conclusión de Roca Sastre, cuando escribe que “la posibilidad de limitar la responsabilidad patrimonial o personal, o mejor dicho, de fijar o determinar hasta una cantidad máxima el importe de la indemnización por incumplimiento obligacional (el *id quod interest* o interés contractual positivo), es cosa permitida por el Derecho de obligaciones (civiles y mercantiles)” (151). Como el mismo tratadista señala, en nuestro derecho se encuentran junto a preceptos que contienen una delimitación preceptiva—artículos 858,

(148) Ob. y lug. cits., pág. 401.

(149) Ob. y lug. cits., 10-11.

(150) Ob. y lug. cits., 52.

(151) *Derecho Hipotecario*, IV, 92.

1.801 y 1.897 del C. c., artículo 837 del C. de c., a los que creemos poder agregar el 1.765 del C. c.—otros que autorizan su fijación convencional, como ocurre con la “cláusula penal” y el supuesto previsto por el artículo 1.826 del Código civil, en que si el fiador se obliga a menos que el deudor principal, sólo responderá de la obligación hasta el límite fijado (152) y el muy fundamental, por lo típico y tipificador del contrato a que afecta, resultante del artículo 1.475 del Código civil, que consagrando el saneamiento por evicción en la compraventa, establece que “los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor” (153).

Pues bien; no es otra cosa lo que, sustancialmente, ocurre en las sociedades comanditarias, anónimas o de responsabilidad limitada: que se delimita, fija, o concreta el *quantum* de la responsabilidad de los socios en el tanto de su aportación o participación social, aunque siga asegurando ese *quantum* con la totalidad de su patrimonio. “Tanto la anónima como la limitada—dice Rodríguez y Rodríguez—son ciertamente sociedades de responsabilidad limitada en el sentido de que junto a la responsabilidad ilimitada del patrimonio social por las obligaciones sociales no responde el patrimonio de ningún socio, sino es el límite de la aportación que haya prometido” (154). Y es en mérito de esta realidad sustancial que los autores excluyen tales modalidades del ámbito o influencia del art. 1.911—o equivalentes del correspondiente Código civil—. Así Enneccerus, en el párrafo antes citado (155), Messineo (156), Nicolo (157) ... (158).

(152) *Contestaciones*, cits., 16-17.

(153) Recuérdesse lo que dijimos sobre esto con motivo de la alusión a las cláusulas de no responsabilidad, y véase el magnífico estudio de VICENTE Y GELIA allí citado, principalmente, págs. 507 y ss.

(154) *Tratado de Sociedades Mercantiles*, II, 440. V. también LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil esp.*, cit., págs. 483, 491 y ss., y 635 y ss.

(155) Pág. 11, ob. y lug. cits.

(156) Ob. y lug. cits., pág. 53: “Así, por ejemplo, contrae débito limitado, aunque responde ilimitadamente (ante la sociedad), el socio de la sociedad por acciones: aquí, el socio, cuando desembolse la parte de capital suscrita, cumple toda su obligación ante la sociedad (respecto a los terceros acreedores de la sociedad no tiene obligación o responsabilidad alguna); pero si no satisface la parte de capital suscrito, responde ante la sociedad ilimitadamente... En situación análoga a la del accionista se encuentra el comanditario en la comandita; el cual igualmente asume respecto a la sociedad una deuda limitada a la aportación prometida, aunque responde después ilimitadamente si no efectúa tal aportación. En verdad, dichos casos son considerados por algunos, erróneamente, de responsabilidad limitada; pero su exacta configuración es la acabada de exponer”, de débito limitado.

(157) Ob. y lug. cits., 14: “Finalmente, no pueden calificarse como hipótesis de limitación de responsabilidad, aunque a veces la ley usa o emplea fórmula inadecuada, las situaciones del socio comanditario, del accionista y del socio con responsabilidad limitada con relación a los acreedores de la sociedad frente a los cuales no son ni deudores ni responsables. Ellos solamente son deudores de su aportación (con responsabilidad ilimitada) con respecto a la sociedad. Sólo en el caso en que, practicada la liquidación y repartido el activo entre los socios, hubiera acreedores insatisfechos que procedieran contra el comanditario...

Y siendo así, tales modalidades, pactadas ya expresamente o implícitamente por adopción de cualquiera de las formas mercantiles en bloque para las sociedades civiles, resultará que en nada rozan con el art. 1.911, ni encuentran repugnancia alguna en los preceptos del Código civil, por lo que su viabilidad, en tal aspecto, se hace indudable.

3. *Hipotético fraude; su remedio: publicidad.*—Ahora bien; aun siendo muy posible, por admitida en la doctrina general y jurisprudencia de los países, y encontrar ambiente favorable en diversos artículos del Código civil español, el pactar la limitación de la responsabilidad de los socios de la civil hasta un cuanto delimitado, siempre tendremos un tope que respetar: hay que evitar el fraude.

Es verdad que no parece puede hablarse aquí de fraude a la ley, ni de quebrantar el orden público. Para que ello fuera posible, se precizaría que el precepto legal contradicho o modificado tuviera un sentido imperativo, con alcance prohibitivo (159). Y no se ve que la li-

el accionista... o el socio con responsabilidad limitada..., dentro de los límites de la suma a ellos atribuida en el balance, podría parecer que se daba una hipótesis de responsabilidad limitada. Pero, en realidad, aun en tales hipótesis no hay una limitación de responsabilidad, sino *una limitación originaria de débito...* Otro tanto debe decirse para la hipótesis en que la ley admite, en materia de sociedad simple, la oponibilidad a los acreedores sociales del pacto que limita la responsabilidad de los socios que no actúan en nombre de la sociedad (a. 2.267). En tales hipótesis, tampoco hay una limitación de responsabilidad en sentido técnico admitida por la ley con derogación al veto del artículo 2.740, sino la asunción de una *deuda (eventual) originariamente limitada a una cierta suma*". Adviértese que tanto este autor como el antecitado MESSINEO, siguen la dirección iniciada por LA LUMIA, de que los comanditarios y los socios de la Anónima son responsables *exclusivamente* para con la sociedad por las aportaciones previstas, pero irresponsables totalmente de las deudas sociales, de las que sólo responde la sociedad, a diferencia de la tesis tradicional de VIVANTE, y otros, que, junto a la responsabilidad de la entidad, admitían la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, si bien la de los últimos serían en los casos dichos limitada. Pero ello no debilita la aplicación de sus conclusiones a nuestro caso.

(158) La forma, modalidades u orden en que esa limitada responsabilidad del socio comanditario, del accionista o del de responsabilidad limitada puede hacerse efectiva, o sea si responden sólo ante la sociedad, si están expuestos directamente a los acreedores de la sociedad en ciertos casos o sólo por la acción subrogatoria, si cabe una responsabilidad mayor o distinta de la aportación en la comanditaria y en la de responsabilidad limitada, no afectan al sentido de las conclusiones que ahora buscamos sentar ni pueden ser objeto de estudio aquí. Para todo ello, ver el instructivo estudio que VALLET de GOYTISOLO hace en su magnífico trabajo, *La responsabilidad personal de los socios en las compañías de responsabilidad limitada frente a las sociedades y frente a terceros*, "Revista de Derecho Privado", 1949, jul-ag., págs. 580-619. A diferencia de lo que los tratadistas italianos arriba citados dicen, en derecho español la posición es distinta: el accionista responde de su aportación sólo ante la sociedad y sólo por acción subrogatoria puede verse expuesto a la agresión de los acreedores de aquella cuando omite tal aportación; el socio comanditario y el de la responsabilidad limitada no quedan tan aislados de los terceros acreedores, ya que su participación es aportación y cifra de responsabilidad (que incluso pueden ser de diferente cuantía), expuestos, por tanto, a falta de efectación. El ataque directo de los acreedores (v. también GARRIGUES, ob. cit., I, 1.º, 595-597).

(159) Puede comprarse en LIGER-POULO, *La defensa del Derecho contra el fraude* (estudio sobre el problema del fraude de ley), "Rev. de Der. Privado",

mitación de responsabilidad cuantitativa en la sociedad civil ataque a ningún precepto de esta naturaleza.

Pero la delimitación de responsabilidad no afecta sólo a los contratantes o contrayentes del contrato de sociedad; sino que atañe también, y principalmente, a los terceros que con la Sociedad contraten, en cuanto supone una modificación de la garantía con que normalmente y *secundum legem* podrían contar para la plena satisfacción de las relaciones jurídicas. Y es su conformidad la que se necesita para la plena vigencia y virtualidad en cuanto a ellos de tal delimitación (160).

Más, a tales efectos, no creemos imprescindible que en cada operación se haga saber a los terceros que entren en relación con la sociedad la existencia de aquella delimitación, como supuesto previo y parte de los contratos, como parece pretenden algunos autores. Sino que estimamos que es muy suficiente la obtención de esa conformidad por vía implícita. Para lo que será bastante una adecuada publicidad de tal pacto limitativo. En efecto, si el mismo medio que ha servido para que los terceros sepan que tratan con una sociedad civil, pudiendo deducir de ello quiénes son los socios sobre los que recae la responsabilidad u obligatoriedad de aquellas relaciones, les da a conocer las circunstancias y condiciones en que tales socios se hallan vinculados, habrá que estimar su conformidad y aceptación con la subsiguiente entrada en relación.

La dificultad mayor radicará en cuanto a las que conservan forma civil, pactando sólo como especialidad la limitación cuantitativa que nos ocupa, por no haber preceptuada para ellas una forma especial de publicidad. Pero aún en ellas, como ya antes hemos dicho, y se desprende de artículos del Código civil, es indiscutible que alguna publicidad han de tener; de lo contrario, por imperio del art. 1.669, carecerán de personalidad jurídica, y más que sociedades, serán casos de comunidad de bienes. Parece necesario, pues, para que las relaciones con terceros puedan establecerse dentro de régimen o en plan de sociedades, que aquellos puedan y deban tener conocimiento del acto constitutivo de la sociedad. Por lo que una constancia en el mismo, con suficiente y patente reflejo en la denominación adoptada, será suficiente publicidad.

En el peor de los casos, la limitación de responsabilidad no afectaría al socio o socios que habían actuado por la sociedad con el tercero, siempre que demostrare éste que no se le había dado por aquellos adecuado y completo conocimiento de la sociedad y sus circunstancias.

1930, págs. 1-25, y ver también una breve e instructiva versión de lo que son las normas imperativas de orden público en MESSINEO, *Manuale*.... I, 47-48; también VICENTE Y GELLA, ob. y lug. cit., págs. 403-407.

(160) Así se desprende de todos los autores citados, tanto con motivo de las "cláusulas de no responsabilidad" como de la posible limitación cuantitativa de la responsabilidad patrimonial. Y expresamente lo dicen, en la doctrina española, CASTÁN (ob. cit., 7.ª edic., III, 160; t. XXV, v. 1.º del *Mucius Scaevola*, 418), y BATLLE VÁZQUEZ (pág. 145 del t. XXV, v. 2.º del *Código Civil Comentado*. de *Mucius Scaevola* citado).

Aunque del art. 1.697 del Código civil se desprende que quien no actúa como socio y por cuenta de la sociedad, ni siquiera obliga a la sociedad—sino que obligado quedará él solo—; y del párrafo 2.º del artículo 1.698 que ningún socio “puede obligar a los otros por un acto personal, si no le han conferido poder para ello” (161). Pero todo esto afecta o se refiere a la sociedad o a los demás socios en cuanto a terceros; mas la sociedad queda obligada con respecto al socio que actuó en esa incorrecta forma en los actos que hayan redundado en su provecho; y ante él, si que, en todo caso, valdría la limitación pactada de responsabilidad.

La cuestión aparece enormemente facilitada para las sociedades civiles con forma mercantil. Estas, en su propia denominación ya llevarán patente la derogación de la forma normal de responsabilidad propia de las civiles. Pero además cuentan con el más idóneo medio de publicidad que permitirá su perfecto conocimiento a todos los interesados: el Registro Mercantil. Bien que al llegar a este punto nos encontramos con que se plantea, también con caracteres problemáticos, una cuestión: si la sociedad civil con forma mercantil debe—o puede, al menos—inscribirse en dicho Registro.

Según el Reglamento de 20 de septiembre de 1919, art. 107: “En el libro de Sociedades se inscribirán: 1.º... 2.º, las Sociedades civiles que se constituyan con arreglo a lo prevenido en el art. 1.670 del Código civil...”. Y no obstante la cosa se niega y discute. Dan pie a ello dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contradictorias entre sí: la de 1 de agosto de 1922 declaró bien denegada la inscripción de una sociedad de objeto civil; en cambio, la de 21 de mayo de 1935 estimó que también las sociedades civiles comprendidas en el art. 1.670 del Código civil deben inscribirse en el Registro mercantil.

Garrigues juzga que la primera Resolución representa la buena doctrina, y razona así: “La inscripción en el Registro mercantil de una sociedad civil con forma mercantil induce a los terceros al error de suponer que se trata de una sociedad íntegramente sometida al Código de Comercio. No puede, por tanto, justificarse el art. 107, número 2 del Regl. Reg., que vulnera el art. 1.667 del C. c. Si se llevan al Registro mercantil las sociedades civiles con forma comercial no hay razón para excluirlas de las demás obligaciones legales impuestas a los comerciantes” (162).

Pero tal razonamiento nos parece inoperante, por arrancar de un punto de vista erróneo o equivocado: considerar la inscripción en el Registro Mercantil como calificadora de comercialidad. Algo de esto dice el mismo eminente profesor un poco antes: que las disposiciones del C. de c. sobre publicidad son “elemento de diferenciación de las

(161) Esto último confirma lo anacrónico de los dos párrafos iniciales del artículo 1.698 del C. c., hablando de obligación de los socios por las deudas sociales.

(162) Ob. y lug. cit., 388-389.

sociedades mercantiles". Y en mi modesta opinión no cabe sostener esto en derecho positivo español, así, sin más. Pues no es suficiente que el art. 119 del Código de comercio preceptúe para ellas la inscripción de la escritura constitutiva en el Registro Mercantil. Como luego insistiremos, ni aquí ni en ningún otro artículo se encuentra nada que apoye la exclusividad; que "deberán" inscribirse las sociedades mercantiles, no significa por sí sólo que "sólo" ellas podrán tener acceso; y menos aún pudo prever el art. 1.670 del Código civil con que más tarde iba a complicarse la cuestión. Para buscar una más sólida posición, será preciso ahondar algo más en la índole, significado y sentido sistemático del Registro mercantil y sus inscripciones en nuestro derecho (163).

Fundamentalmente pueden apreciarse dos orientaciones en cuanto a la influencia de comercialización por el Registro mercantil: la germana y la latina.

La primera sigue actualmente sólo el Registro mercantil alemán, que sirve, en ciertos casos, para determinar la cualidad de comerciante. Y así, junto a los *comerciantes por razón del comercio o explotación de una industria*—en que "la comercialidad depende única y exclusivamente del objeto del ejercicio de su industria, es decir, de que consagre su explotación a uno de los actos de comercio fundamentales"—se da el grupo de los *comerciantes por razón de la inscripción*—cuando su explotación, dirigida a negocios diferentes de los actos de comercio fundamentales, requiera una organización mercantil y se haya inscrito en el Registro mercantil. Cualidad ésta de "comerciantes por inscripción" que lo mismo se da en el individual que en el colectivo" (164) (165).

(163) "Pensamos—escribe también LANGLE—que las personas jurídicas, como las naturales, no son comerciantes porque se hayan inscrito en el Registro mercantil, sino al revés: por dedicarse al comercio, deben inscribirse. Lo contrario es invertir los términos. Así, no consideramos decisiva esta simple formalidad para marcar la distinción. En la ley alemana, la inscripción registral confiere la cualidad de comerciante; pero en el sistema español, como en el francés, el Registro mercantil es un instrumento de publicidad y no una condición de fondo" (ob. y lug. cit., 352).

(164) V. COSACK, *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., págs. 21, 30-31, 43, 89. Advertimos que el "comerciante colectivo por inscripción" sólo se da en la colectiva y en la comanditaria. La anónima—desviación de la cual se reputa la comanditaria por acciones, así como la de responsabilidad limitada—, en cambio, "debe su condición de comerciante sólo a la forma exterior bajo la cual interviene en el tráfico". "porque el ropaje de sociedad anónima equivale al ropaje de comerciante", por lo que se dice ser un "comerciante formal" (v. COSACK, página 92).

(165) En Suiza, bajo el Código de obligaciones de 1881 y según su artículo 865, cualquier persona capaz de obligarse por contrato tenía el derecho de hacerse inscribir en el Registro de comercio de su domicilio beneficiándose así, aunque careciese de razón social, de algunas ventajas atribuidas a los comerciantes. Hoy, conforme al art. 934, están obligados a inscribirse quienes ejercitan el comercio, explotan una fábrica o ejercen en forma comercial alguna industria, así como pueden solicitar dicha inscripción los que bajo una razón o nombre comercial explotan un negocio sin estar obligados a inscribirse. Con-

La segunda orientación, indiferente en cuanto a la mercantilización de lo inscrito y dirigida o inspirada por un sentido preferentemente publicitario con efectos más o menos hondos—que ahora nos interesa averiguar—está, extremadamente, representada por el Registro mercantil francés, que casi ni siquiera tiene efectos ni matiz jurídico; es organización meramente administrativa. “En principio —escribe Escarra—la inmatriculación en el Registro carece de influencia sobre la cualidad de comerciante y las menciones no crean una oponibilidad a terceros”. Y aunque la importancia creciente que en nuestros tiempos adquiere el Registro de comercio tiende a introducir algunos correctivos a aquella inoperancia que se predicaba de la ley fundamental de 1919 “el principio, no discutido en doctrina y reconocido por la mayoría de las decisiones, de que la inmatriculación carece de efectos sobre la cualidad de comerciante, ha sido afirmado con nitidez por la Corte de Casación en una sentencia de 3 de mayo de 1945” (166).

En mi modesta opinión, en esta orientación hay que encuadrar también, bajo el aspecto que ahora nos preocupa, al Registro de empresas instaurado por el Código civil italiano de 1942, aunque a otros respectos, por su carácter acentuadamente jurídico y de efectividad en relación a terceros, se aproxime al sistema germánico (167). Por una parte, están exentos de inscripción los pequeños empresarios, mientras por otra se sujetan a ella a las sociedades colectivas, comanditarias, por acciones, de responsabilidad limitada y cooperativas aunque no desarrollen actividad mercantil. Pero esta incorporación al Registro, de empresas no mercantiles que adoptan forma de alguna de las sociedades comerciales, no imprime la condición de comerciantes. Su finalidad es meramente publicitaria (168). Y congruente con nues-

cretando, respecto a sociedades, parece que a las colectivas y comanditarias que se dedican a operaciones comerciales, nada añade la inscripción en el Registro mercantil: “no es una condición de existencia de la sociedad; es una simple medida de orden, cuya inobservancia acarrea sanciones” penales. En cambio, respecto a las sociedades que no ejercitan una actividad comercial, la inscripción tiene un carácter constitutivo: en tales casos, la sociedad colectiva o comanditaria no existe como tal sociedad, sino desde el momento en que se hace inscribir en el Registro (puede verse *Code des Obligations*, anotado por VIRGILE ROSSEL, 6me. edit, 1943, arts. 137, 552, 553, 594 y 595, y notas respectivas).

(166) ESCARRA, *Manuel de Droit Commercial*, cit., I, 119 y 121.

(167) Así lo hacen LANGLE, ob. y lug. cit., pág. 874, y ESCARRA, *idem id.*, página 118.

(168) Es elocuente la relación ministerial: “... constituye, en efecto, en el sistema del presente Código, el instrumento de publicidad obligatorio, no sólo para las empresas comerciales cualquiera que sea su forma, sino también para las empresas no comerciales, cuando revisten la forma de sociedades, según uno de los tipos propios a las sociedades que ejercen actividad comercial... Se crea así, en el sistema del nuevo Código, la categoría de empresas sometidas al Registro, que comprende, no sólo las empresas consideradas por la ley como comerciales en razón de su objeto, sino también las empresas no comerciales, por causa de la forma social particular que revisten voluntariamente”. (Relación número 901, citado por ESCARRA, ob. y lug. cit., 118, nota.)

tro parecer dice Ferrara "que la inscripción en el Registro de empresas tiene una eficacia meramente declarativa, en cuanto se limita a hacer públicos los actos que ya existen y que son también, en parte, operantes, a fin de convertirlos en operantes totalmente. Pero esa publicidad *nada añade* al acto inscrito, no sana lo viciado ni da vida a lo inexistente. Si un empresario agrícola o un artesano se inscribe por error en el Registro de empresa, no se convierte por ello en empresario mercantil ni queda sometido a las normas de la quiebra" (169).

En cuanto al Derecho español, bajo el Código de 1829, art. 11, la inscripción en la matrícula de comerciantes era requisito constitutivo del estado de comerciante que se exigía a más del ejercicio del comercio para todos los comerciantes, tanto individuales como sociales (170).

En el Código de comercio vigente, se atribuye carácter *potestativo* a la inscripción del comerciante individual y conserva con carácter *forzoso* la de las sociedades (art. 17). Pero no me parece esto suficiente para afirmar que la inscripción en el Registro de la Sociedad sea el elemento calificador de su cualidad comerciante, pues ni puede darse este sentido a la frase de la Exposición de Motivos que justifica tal obligación diciendo "que ello es necesario, puesto que la inscripción constituye la única prueba de su existencia jurídica y estado de comerciante..."—ya que la exclusividad probatoria no implica dación de ser—ni ello es exacto más que respecto a terceros y en cuanto les perjudique, pues en cuanto les favorece, y siempre entre los socios, tiene existencia (171). Para lo que resulta indispensable la inscripción es para el conferimiento de personalidad jurídica y para la garantía de los terceros por las especiales formas de responsabilidad, propias de algunos tipos sociales (172).

(169) Ob. cit., 66.

(170) V. GARRIGUES, ob. y lug. cit., 1.397, y LANGLE, ídem íd., 867.

(171) V. HERNÁNDEZ BERONDO, *Derecho Mercantil*, cit., 143; GARRIGUES, ob. y lug. cit., 1.399, y antes había dicho: "Y precisamente porque ese supuesto es posible se habla en la doctrina de *Sociedades mercantiles irregulares*... Estas llamadas sociedades irregulares no se transforman en sociedades civiles por la sola causa de su irregularidad, sino que siguen siendo mercantiles... sometidas a normas especiales dentro del C. de c." (ob. cit., v. I, 1.º, 451). V. también LANGLE, ob. y lug. cit., págs. 422-425; BERGAMO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 1951, I, págs. 214-217; Sentencia del T. S. de 14 febrero 1945, que declara: "habiéndose hecho constar el contrato de sociedad en documento privado, asignándosele como finalidad una explotación industrial, le corresponde la calificación jurídica de *mercantil*, y está dotada de plena eficacia en su vida interna o de relación de los socios entre sí *no obstante la forma irregular con que ha sido constituida*", y en materia criminal, la de 10 de junio 1885, según la cual "la falta de inscripción no es causa bastante para dejar de considerar como comerciante y de penar, conforme al artículo 540 del Código Penal, por alzamiento, quiebra o insolvencia punibles, a quien habitualmente se dedica al comercio". Ver también y comprobar ello en UTANDE, *Sociedades Mercantiles irregulares en Derecho Español*, "Rev. de Der. Priv.", 1944, págs. 123-137.

(172) V. GARRIGUES, ob. cit., I, 3.º, 1.400; LANGLE, ob. y lug. cit., 427 y ss.; BERGAMO, ídem íd., 220. Por todo ello me parece poco correcta y propensa a infundir error la postura de Garrigues cuando escribe: "Nuestro C. de c. ha

Hay que descartar, pues, que en España el Registro mercantil sea elemento calificador de la cualidad comercial de las Sociedades, que lo serán sólo y en tanto se dediquen a operaciones de aquella índole y conservarán dicho carácter, aunque no se inscriban en la precaria vida que sin ello tendrán, como sociedad irregular mercantil.

Y queda como sustancia y casi único motivo de la obligatoriedad inscriptoria de las sociedades, esa protección a terceros con la finalidad inmediata de dar certidumbre a las relaciones de responsabilidad—la concesión de personalidad jurídica es otro aspecto formal que no empaña éste—. El Registro Mercantil será así, como auguraba Mossa, “la fuente, la documentación de la responsabilidad; de toda responsabilidad (de orden corporativo y privado) por la creación, la guía, el ejercicio, la sucesión y toda otra relación reconocida—y a veces, también no reconocida—de la empresa. Está perenne y fresco, como nunca, en el Registro de las empresas—concluida—el primer motivo del Registro mercantil; la responsabilidad del jefe, del maestro, del apoderado y de los socios” (173). El mismo Garrigues admite, refiriéndose al Registro mercantil español, que “la *finalidad inmediata* de esta publicidad es la de dar certidumbre a las relaciones de responsabilidad. Por eso se inscriben los hechos de significación para la responsabilidad” (174).

Y aquí está el suficiente y debido argumento para abrir las puertas del Registro mercantil a la sociedad civil por su objeto que adopte una de las formas acuñadas para las comerciales: “Las especiales formas de responsabilidad propias de “esos” tipos sociales”, justifican generosamente la disposición del art. 107, párrafo 2.º del Reglamento del Registro Mercantil.

Por todo ello, no dudamos en declarar que desde este punto de vista, la verdadera y correcta postura es la adoptada por la Resolución de la Dirección de los Registros de 21 de mayo de 1935, aunque sea de lamentar no hubiera llegado a fundamentar su decisión en sólida y adecuada doctrina. Se razona exegéticamente sobre base de los artículos 1.670 y 1.700 del Código civil, que posibilitan la adopción de forma mercantil por las sociedades civiles, que en tal caso se regirán por el C. de c., en cuanto no se oponga a aquél, siendo preceptiva a su juicio la escritura y su inscripción en el Registro mercantil, por no pugnar con las disposiciones del C. c.; en la indubitabilidad del sentido que hay que dar al art. 107 del Reglamento del Registro, confirmado por su Exposición de Motivos al decir que “también las socie-

segundo en este punto—calificación de comercialidad—un criterio realista para la calificación de los comerciantes individuales (a. 1.º) y mixto para la de los comerciantes sociales, que se definen atendiendo tanto al elemento real—naturaleza de las operaciones de la sociedad—como al elemento formal—escritura e inscripción en el R. m. (arts. 1.º, 116, 119, 123)” (ob. y lug. cit., 1.493).

(173) *Registro di commercio*, en “Studi Sarsaresi”, 1921, I. citado por LANGLE, ob. y lug. repetidos, 875.

(174) Ob. y lug. cit., pág. 1496.

dades civiles comprendidas en el art. 1.670 del Código civil deben inscribirse en el Registro Mercantil, ya que a estas sociedades les son aplicables las disposiciones del Código de comercio en cuanto no se opongan a las del Código civil"; y sobre todo, ya con atisbos de contenido doctrinal que insuflan a la posición adoptada cierta savia vivificadora más potente y de sabor jurídico que el frío y bastante endeble juego de los textos esgrimidos, "que las citadas disposiciones legales y reglamentarias armonizan con los precedentes de nuestro Derecho relativos a las Sociedades Anónimas de todas clases de acciones al portador, con lo que se infiere de la Real Orden de 14 de febrero de 1924 sobre inscripción en el Registro Mercantil de Asociaciones no comerciales y con la tendencia de la legislación en todos los países, encaminada a que la organización de las Sociedades Anónimas tenga la más efectiva publicidad y a que consten sus Estatutos legalmente otorgados en el Registro correspondiente, para garantía del crédito, de quienes contraten con tales Sociedades y hasta de los tenedores de sus acciones, así como para impedir los abusos, que la realidad ha demostrado, cometidos por Sociedades constituidas bajo la expresada forma" (175).

Pero esta postura queda más confirmada aún, si cabe, si se contrasta con la argumentación que sirvió a la Resolución de 1 de agosto de 1922 para negar tal inscripción—prescindiendo de lo poco feliz que estuvo la parte actora al defender su pretensión—. He aquí la piedra angular de su razonamiento: "que como el citado Código de Comercio excluye *expresamente* de la inscripción en el Registro Mercantil a las compañías o sociedades, aun cuando se constituyan en cualquiera de las formas que estatuye, o bien en las del Código civil, que no tienen por fin verdaderos actos de comercio, según comprueba la lectura de sus preceptos y más especialmente de los al principio citados, y que estas prescripciones, conforme a lo prevenido en el art. 5.º del Código civil, no puede derogarlas ni modificarlas un Real Decreto como el que aprueba y manda dar vigencia al Reglamento mercantil".

Lejos de nuestro ánimo el menor propósito de poner en tela de juicio la eximia autoridad y prestigio de la Dirección y los eminentes juristas que a la sazón la adoctrinaban. Pero el más sincero respeto que a una y otros debemos, no creo deba impedir un frío y sereno examen de su razonamiento, por más violento que ello nos resulte. Se trata de analizar el argumento matriz con que, amparándose quizá en una cómoda rutina y la sombra de aquel prestigio, se intenta seguir negando el acceso de las sociedades mixtas al Registro mercantil.

(175) LANGLE (ob. y lug. cit., 360) opina que "en realidad, el requisito de la publicidad no debería imponerse a la sociedad civil, sino cuando adoptase una de las formas que llevan aparejada limitación de responsabilidad". A mi modesto juicio no hay lugar a esta distinción; la misma sociedad colectiva implica una honda modificación al mecanismo de la responsabilidad respecto a la sociedad civil, no sólo por la solidaridad que implica—favoreciendo a los acreedores sociales, pero perjudicando a los individuales de los socios—, sino también por las normas sobre administración y gestión que afectan e influyen sobre aquélla.

En primer término, sería suponer demasiada previsibilidad en el Código de Comercio, el pretender que hubiera podido definirse "expresamente" sobre tal inscribibilidad, cuando en aquella fecha aún no se había promulgado el Código civil, cuyo art. 1.670 instauró en España las sociedades mixtas, de objeto civil y forma de las mercantiles.

Pero no creo se precise apelar a la lógica ni esforzarse en los razonamientos. La "no exclusión expresamente" de esas sociedades salta a la vista con sólo leer los artículos que se invocan. Basta rasgar la inerte carne de la afirmación con apariencia de robustez, para dejar al descubierto sus vísceras sin vida.

He aquí los artículos que se citan:

Apartado 2.º del art. 1.º: "Son comerciantes, para los efectos de este Código:... 2.º Las Compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código".

Párrafo último del art. 2.º: "Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualquiera otros de naturaleza análoga".

Art. 16: "Se abrirá en todas las capitales de provincia un Registro mercantil, compuesto de dos libros independientes, en los que se inscribirán: 1.º Los comerciantes particulares, 2.º Las sociedades. En las provincias litorales, y en las interiores donde se considere conveniente por haber un servicio de navegación, el Registro comprenderá un tercer libro, destinado a inscripción de los buques".

Art. 17: "La inscripción en el Registro mercantil será potestativa para los comerciantes particulares, y obligatoria para las Sociedades que se constituyan con arreglo a este Código o a leyes especiales, y para los buques".

Art. 116: "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 fuere su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la Compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos".

Art. 121: "Las Compañías mercantiles se regirán por las cláusulas y condiciones de sus contratos, y, en cuanto en ellas no esté determinado y prescrito, por las disposiciones de este Código".

Párrafo último del art. 123: "Por la índole de sus operaciones, podrán ser las Compañías mercantiles:... Y de otras especies, siempre que sus pactos sean lícitos, y su fin la industria y comercio".

Párrafo 3.º del art. 326: "No se reputarán mercantiles... 3.º Las ventas que de los objetos contruídos o fabricados por los artesanos hicieren estos en sus talleres".

Párrafo 2.º del art. 107 del Reglamento para la organización y régimen del Registro mercantil: "En el libro de sociedades se inscribirán:... 2.º las sociedades civiles que se constituyan con arreglo a lo prevenido en el art. 1.670 del Código civil".

¿Asoma por algún lado que en lo transcrito se "excluya expresa-

mente de la inscripción en el Registro mercantil” a las sociedades mixtas?

Ni siquiera implícitamente entiendo yo que late o palpita en los textos repetidos ese criterio exclusivista. Si acaso, todo lo contrario. Pues prescindiendo del art. 107 del Reglamento del Registro, cabe colegirlo del art. 17 del Código de Comercio, tan fundamental en la materia, al decir que “la inscripción en el Registro mercantil será... obligatoria para las Sociedades que se constituyan con arreglo a este Código o a leyes especiales”. No rezuma aquí el sentido o significado de “comprender” a todas las sociedades que revistan alguna de las formas reglamentadas por dicho Cuerpo legal: colectivas, anónimas y comanditarias? Y así el art. 107 del Reglamento, no resulta derogatorio ni modificador de ninguna Ley. A lo sumo, coordinador de los artículos correspondientes del Código de Comercio y del sobrevenido art. 1.670 del Código civil. Es más; fruto natural y explicativo, con rigurosidad reglamentaria y plena vigencia, de los arts. 17 del Código de Comercio y 1.670 del Código civil.

Esta nuestra interpretación, que estimo se obtiene sin esfuerzo alguno por la sola contemplación de los textos legales relacionados, parece, por lo menos, tan henchida de lógica y sentido jurídico como la contraria; y de mayor conveniencia social. Al fin, ese art. 107 del Reglamento del Registro mercantil es la mayor, casi única garantía expresamente preceptuada para las sociedades civiles en que se varíe la materia de su *responsabilidad*. Será defendible o no en derecho constituyente la subsistencia de estas sociedades civiles con forma mercantil sin mengua de su esencia no comercial. Pero mientras el derecho positivo actual no varíe, rodéenseles de las mayores garantías posibles, y no se cierren, sin serias y fundadas razones, caminos abiertos por la ley (176).

4. *Conclusión*.—Resumiendo lo expuesto, en cuanto a la responsabilidad de los socios, espero haber demostrado que pueden adoptar las sociedades civiles, en este orden de cosas, cualquiera de las modalidades que corresponden a las mercantiles con plena efectividad. Colectiva—con su solidaridad implica también variación de la típica civil—, comanditaria, anónima o de responsabilidad limitada. En tal caso tendrán—deberán tener, mejor dicho—acceso al Registro mercantil, donde se reflejarán todas sus especialidades, sin perjuicio de su esencia fundamentalmente civil, y atraerán la aceptación de los terceros.

(176) La Ley de Sociedades Anónimas, aprobada al terminar este trabajo, establece, como ya hemos dicho en notas anteriores, en su artículo 3.º, que las sociedades anónimas, cualquiera que sea su objeto, tendrán siempre carácter mercantil y quedarán sometidas en cuanto no se rijan por disposiciones especiales, a los preceptos de dicha ley. LANGLE, comentando el Anteproyecto de la Ley, donde figuraba el mismo precepto, estimó se trataba de afirmar en todo caso el imperio de las garantías que exigen los intereses de los accionistas y del público (ob. y lug. cit., 351). Pero el problema queda latente para las formas colectiva, comanditaria y de responsabilidad limitada; débeseles, pues, esa mínima garantía de publicidad en el Registro mercantil.

Si no se adopta en bloque alguna de esas modalidades, habrá alguna mayor dificultad para estipular con éxito respecto a terceros, la limitación de responsabilidad de todos los socios; a falta de un adecuado medio de publicidad general, precisaría, quizá y en el peor de los supuestos, la notificación o conocimiento a cada contratante. Aunque yo creo muy defendible la posición expuesta en el lugar correspondiente de que el mismo medio que exterioriza y hace creer a los terceros la existencia de la sociedad, les revelará también suficientemente estos extremos. Pero lo que sí parece factible siempre es la limitación de responsabilidad de los socios no administradores. El no ser ellos quienes contratan con los terceros, los deja en un segundo plano de actuación; aquellos ya no cuentan tan directamente con sus patrimonios; en todo caso, sabiendo los socios o componentes de la entidad en cuya representación actúa el gestor y en tal supuesto, el mismo medio que les da conocimiento de la relación social, les traería también la medida, alcance y modalidades de tal relación. Esto sin perjuicio de que, mantenida la responsabilidad ilimitada de los socios gestores o representantes respecto a los terceros, quepa la limitada entre los propios socios (177).

(177) Es elocuente y grávido de enseñanzas para nuestro caso que el Código civil italiano de 1942, al regular la sociedad simple, equivalente de nuestra sociedad civil, pero carente de personalidad jurídica—diferencia no pequeña en favor de la civil española—, prescriba la responsabilidad personal y solidaria de los socios por las obligaciones sociales, pero admitiendo el pacto en contrario para los socios que no actúen en nombre y por cuenta de la sociedad, cuyo pacto debe darse a conocer a los terceros contratantes por medios idóneos, para que pueda surtir efecto respecto a ellos la limitación de responsabilidad o la exclusión de solidaridad. Y el razonamiento explicativo de FERRARA lo reputo válido para apoyar las conclusiones del texto. “En el contrato social—dice—va incluido un mandato o representación, por el que cada socio, por el mero hecho de entrar en sociedad, autoriza a quien actúa por cuenta de ésta para comprometerlo personalmente. Se comprende, empero, que este mandato pueda quedar limitado a una cierta suma, correspondiente a la aportación realizada (o incluso a una mayor si se quiere, pero no ilimitada), de modo que el socio no responda más que por tal cantidad, ya que esto es perfectamente normal”—(igual razona LORDI, ob. cit., I, 215—. “Y se comprende igualmente—añade—, que no se consienta tal limitación para aquellos que actúan por la sociedad, porque sería contradictorio que quien realiza, por ejemplo, un contrato por un millón de liras en nombre suyo y de los otros, pueda limitar su responsabilidad a pongamos 50.000 liras, por ejemplo”—no hay que impresionarse por este razonamiento, pues en la sociedad civil española el gestor no actúa en su nombre y de los demás socios, sino en nombre de la sociedad, ente jurídico—. En cuanto a los medios de dar conocimiento a los terceros, mientras LORDI apunta la inscripción en el Registro de comercio (ob. y lug. cit.), FERRARA cree suficiente que tal pacto figure en el mismo documento del contrato social, “porque los poderes de quien actúe por la sociedad se fundan, precisamente, en el contrato, y por tanto, éste debería ser exhibido al tercero como medio de legitimación del actuante; luego si del mismo documento se deducen las limitaciones a tales poderes, parece indiscutible que puedan oponerse a los terceros. Y si éstos no han tenido la precaución de exigir esa exhibición del documento, como tienen derecho a exigirla, *imputet sibi*, y no pueden hacer que recaigan sobre los socios las consecuencias de su abandono” (ob. cit., págs. 161-162).

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La proyectada reforma del artículo 321 del Código civil

(Nota de la Redacción)

El artículo 321 del Código civil dice:

“A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre en cuya compañía vivan, como no sea *para tomar estado* o cuando el padre o la madre hayan contraído ulteriores bodas.”

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1901 interpretó este artículo en el sentido de que “la hija mayor de edad, pero menor de veinticinco años, *sólo para casarse* podría dejar la compañía de sus padres, sin licencia de éstos”.

El párrafo tercero del artículo 12 del Apéndice del Código civil, correspondiente al Derecho foral de Aragón, dispone:

“Las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa del padre o de la madre, en cuya compañía vivan, más que con licencia de los mismos, salvo cuando sea *para tomar estado de matrimonio o de profesión religiosa*, cuando los citados padre o madre hayan contraído ulteriores nupcias, o *cuando para la separación ellos den motivos de moralidad o de mal tratamiento.*”

Ante las Cortes se ha presentado el siguiente proyecto de reforma del artículo 321 del Código civil:

“A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa del padre o madre en cuya compañía vivan, más que con licencia de los mismos, salvo cuando sea *para contraer matrimonio o para ingresar en religión, cumpliendo los requisitos señalados en el Derecho canónico*, o también cuando el padre o la madre hayan contraído ulteriores nupcias o *concurra otra causa que justifique la separación.*” (“B. O. de las Cortes” de 21 de febrero).

La redacción del ANUARIO ha creído colaborar útilmente a la mejor realización de la obra legislativa solicitando la opinión de algunos juristas sobre la proyectada reforma. A continuación, en este número, publicamos los trabajos hasta ahora recibidos.

Sobre la nueva redacción del artículo 321 del Código civil

I

La frase “para ingresar en religión” que figura en el Proyecto de Ley, es insuficiente, por no comprenderse en ella a las mujeres que abrazan la vida de perfección en una “Sociedad de vida común sin votos” o en un “Instituto secular”.

En efecto, a tenor del canon 488, núm. 1 del Codex Iuris Canonici, se entiende bajo el nombre de *Religión* “una sociedad aprobada por la legítima autoridad eclesiástica, en la cual los socios, conforme a las leyes propias de la misma sociedad, *emiten votos públicos*, sean perpetuos o temporales, que se han de renovar cuando expire el plazo para el cual fueron emitidos, y de ese modo tienden a la perfección evangélica”.

Bajo ese concepto de “Religión” sólo se comprenden las Ordenes y las Congregaciones, es decir, los Institutos religiosos, pero en modo alguno ni las Sociedades de vida común sin votos, ni los Institutos seculares, a pesar de que dichas Sociedades e Institutos constituyen también estados de perfección de tipo completo por vivir sus miembros establemente los consejos evangélicos.

Refiriéndose a las Sociedades de vida común sin votos, declara el Código de Derecho Canónico en su canon 673, párrafo 1.º: “La Sociedad, ya sea de varones, ya de mujeres, en la cual los asociados imitan la manera de vivir de los religiosos viviendo en comunidad bajo el régimen de Superiores según las constituciones aprobadas, pero sin estar ligados por los tres votos públicos acostumbrados, *no es religión propiamente dicha, ni sus socios se designan en sentido propio con el nombre de religiosos*”.

Por su parte la Constitución Apostólica “Provida Mater Ecclesia”, promulgada por Su Santidad Pío XII el 2 de febrero de 1947 (A. A. S., XXXIX, 114 y sgs.), declara de modo rotundo, en su artículo II, al definir los Institutos seculares, que “*en derecho, y de suyo, ni lo son, ni hablando con propiedad se pueden llamar Religiones*”.

II

Las Sociedades de vida común sin votos—reguladas en el Codex. cánones 673 a 681—coinciden con las religiones en los siguientes caracteres: en la vida común al servicio de la Sociedad; en la práctica

de los consejos evangélicos generales y de la ascética religiosa sobre ellos fundada; en el apostolado en forma análoga al religioso, y en la organización interna de tipo central. La diferencia se encuentra solamente en los vínculos: estas Sociedades, o no tienen ningún vínculo (v. gr., los Filipenses) o si lo tiene no son votos, sino, por ejemplo, simples promesas. Y aun las que exigen votos a sus miembros, o no requieren los tres votos, o si los emiten no son públicos.

La situación jurídica de estas Sociedades, por lo que se deduce del Código, es la siguiente:

Las ha colocado inmediatamente después de las Religiones, distinguiéndolas netamente de las asociaciones laicales.

Ha reconocido prácticamente un estado de perfección de tipo completo y de contenido ascético semejante al estado religioso, aunque cuidándose de advertir expresamente, según ya se ha dicho, que no constituyen verdaderas Religiones.

Les ha aplicado la legislación religiosa en lo que se refiere a las *categorías fundamentales* de las religiones (de derecho pontificio y diocesano, clerical y laical, exentos y no exentos), a la *organización* de tipo centralizado (Provincias y Casas), al *régimen*, que suele ser calcado del religioso; a la *administración*, con la limitación prevista en el canon 676, párrafo 3; a las *obligaciones generales* de los clérigos y también de los religiosos, y, finalmente, a las *normas* sobre tránsito, salida y dimisión.

III

Los Institutos seculares representan una nueva forma de consagración a Dios, reconocida por la Iglesia como estado de perfección, por obligarse sus miembros a practicar los consejos evangélicos (pobreza, castidad y obediencia) bajo el cuidado y tutela de los Superiores del Instituto.

Los Institutos seculares exigen de sus miembros la *total consagración* de la vida a la adquisición de la perfección, mediante la práctica de los consejos evangélicos llamados generales, y la *total y plena dedicación al apostolado*.

El propio título de la Constitución apostólica "Provida Mater Ecclesia", que constituye la ley peculiar de estos Institutos, ya indica el "estado de perfección" de sus miembros, a diferencia de lo que ocurre con los miembros de las simples asociaciones de fieles: "*De statutis canonicis Institutisque saecularibus christianae perfectionis adquirendae.*"

A mayor abundamiento, y en términos rotundos, es el propio Pontífice Pío XII quien define el *status* jurídico de esas almas consagradas, en el art. V del Motu proprio "Primo feliciter", de alabanza y confirmación de los Institutos seculares, promulgado el 12 de marzo de 1948: "los Institutos seculares, por la plena consagración al

servicio de Dios y de las almas que sus miembros, aun permaneciendo en el siglo, profesan con la aprobación de la Iglesia, y por la interna ordenación jerárquica interdiocesana y universal, que en diversos grados pueden tener en virtud de la Constitución apostólica "Provida Mater Ecclesia", *se encuentran con pleno derecho entre los estados de perfección jurídicamente ordenados y reconocidos por la Iglesia*".

IV

El Proyecto de ley que comentamos, al dar nueva redacción al artículo 321 del Código civil, pretende laudablemente rectificar el sentido, vejatorio para la Iglesia, que a dicho precepto había dado la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 1901.

Con la reforma se pretende acomodarse en un todo a la mente y al espíritu claro de la Iglesia Católica, dando libertad a las hijas mayores de edad, pero menores de veinticinco años, para abandonar la casa paterna cuando desean consagrarse por entero a Dios en un Instituto.

Si la reforma se contrae exclusivamente al supuesto de "ingresar en religión", se priva de libertad a las hijas para ingresar en una Sociedad de vida común o en un Instituto secular durante cuatro años completos, es decir, desde los veintiuno (mayoría de edad) hasta los veinticinco.

No se comprende que exista razón ninguna para un trato diferente en el orden civil de supuestos que en la mente y en el Derecho de la Iglesia merecen en un todo a este respecto, según se ha dicho, idéntico trato jurídico.

Estado de perfección es el de las almas que se consagran en un Instituto religioso (en una Orden o en una Congregación). Estado de perfección lo es también el de las almas que abrazan los consejos evangélicos en una Sociedad de vida común o en un Instituto secular.

Ese diferente, infundado e injusto trato jurídico, pondría obstáculos graves durante el largo plazo de cuatro años al ingreso en las Sociedades de vida común o en los Institutos seculares.

Y no se olvide que en esas Sociedades e Institutos son numerosísimas las almas que se consagran a Dios. Bastará citar a las Hijas de la Caridad, que tan beneméritos servicios han prestado en el orden social desde hace tantos años, y que no constituyen Instituto religioso, sino una Asociación de vida común sin votos.

La frase "para ingresar en religión" podría sustituirse por esta otra: *para abrazar el estado de perfección en un Instituto aprobado por la Iglesia*.

La nueva frase comprende a los Institutos religiosos, a las Sociedades de vida común sin votos y a los Institutos seculares, mientras

que la anterior—"para ingresar en religión"—excluiría a las Sociedades y a los Institutos seculares, a pesar de que sus miembros tienen, según el Derecho canónico, "estado de perfección" por practicar los consejos evangélicos de castidad, pobreza y obediencia.

AMADEO DE FUENMAYOR

¿Reforma o supresión del artículo 321?

Al discutirse el Proyecto de la Ley de la mayoría de edad civil, ya se trató de la conveniencia de reformar el desafortunado artículo 321 del Código civil; ahora, de nuevo, se habla de darle otra redacción. Ante tales propósitos brotan espontáneamente estas dos preguntas: ¿Es necesaria la proyectada reforma? ¿No sería preferible el suprimir dicho artículo?

Si el motor de la pensada reforma es el deseo de evitar que la frase "tomar estado" del artículo 321 se interprete aún conforme lo hiciera la desdichada Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 1901, la intervención legislativa no parece urgente ni siquiera necesaria; pues esa aislada Sentencia no constituye doctrina jurisprudencial y, con abundancia de razones, la moderna doctrina de los autcres la ha condenado como insostenible y hasta como contraria al sentido común (1). Claro es que nunca sería superfluo un texto legal que impida dudas mal intencionadas y recaídas en el error, pero con tal de que él no sea fuente de nuevas dificultades y equívocos.

Mas, lo que ha movido a estas consideraciones es la segunda cuestión. Hay varias, y al parecer buenas razones, que aconsejan borrarle del Código hasta no dejar trazas de este artículo. Es un precepto anacrónico sin razón jurídica, ineficaz para lograr el propósito de sus redactores y que, en cambio, ofrece un campo bien abonado para quienes deseen aprovecharlo para fines torcidos.

El artículo 321 es un cuerpo extraño y aun contrario al espíritu tradicional de nuestras leyes. Hasta el Proyecto de Código civil de 1851 nada que lo anuncie se encuentra en nuestros antiguos textos legales. García Goyena nos indica que para facilitar la aceptación de la propuesta rebaja de la mayoría de edad, desde los veinticinco a los veinte años, se inventa esa figura jurídica. Producto del ambiente

(1) MORENO MOCHOLI, *La mujer mayor de edad y menor de veinticinco, ¿puede entrar en relación sino contra la voluntad del padre o madre en cuya compañía viviere?* R. G. L. J., 1949, págs. 543-581. FUENMAYOR, *Edad mínima civil en que las hijas pueden abandonar el domicilio de sus padres, sin licencia de los mismos, para ingresar en un instituto religioso o en un instituto secular* (Dictamen). Aparte de R. E. D. canónico, 1951 (mayo-agosto), págs. 3-27. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 1952, II, págs. 242-245.

gazmoño de la época nace tarado por la mojigatería y el fingimiento. La hija ha de permanecer en el domicilio paterno para evitar el que dirán, para que no sufra "su reputación", "la joya más preciosa del sexo débil y bello", según la expresión de don Florencio (2). Pasó al Código civil y en contra de lo mandado en la Ley de Bases, pues no respondía al "sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio". Extraño es que ningún parlamentario lo advirtiera y que en las discusiones sobre el Código no hubiese alguno que en los grandes párrafos sonoros propios de la retórica de la época, hubiese fulminado denuestos y exclamaciones contra el Gobierno por haber inferido, con tal precepto, una injuria gratuita a las jóvenes españolas, a las que a diferencia de las de todos los demás países, al ser mayores, se les obliga a permanecer aún dos años más—ahora cuatro—confinadas en el domicilio paterno. ¿Precisan las españolas de ataduras y vigilancia que son innecesarias para las mujeres de otras naciones?

Sin necesidad de desorbitar así la cuestión, sí cabe decir que el artículo 321 que, si no justificado, podrá explicarse en los días de las dueñas y de las "carabinas", en la sociedad "cursi", descrita por Taboada, resulta hoy anacrónico y fuera de lugar. Más que irritante, por inadecuado, resulta ahora cómico, dada la realidad de la vida social contemporánea.

Si se inquiera por la razón jurídica del artículo 321, el jurista se queda perplejo y con motivos, pues se le coloca ante un enigma insoluble. La hija de familia, a los veintiún años, llega a su mayoría de edad. ¿Dónde está el porqué jurídico de la prohibición de dejar la casa paterna y de imponerle permanecer en ella hasta los veinticinco años? García Goyena explica que a esta edad, a los veinticinco años, se le permite ya el dejar la casa paterna porque al llegar a ella "se presume a la mujer con suficiente experiencia y cordura" (3). ¿Está aquí la "ratio iuris" del precepto? ¿La mujer carece de experiencia y de cordura hasta los veinticinco años? Pero si esto fuera así, ¿cómo no se ha extendido la minoría de la mujer hasta los veinticinco años? (4). ¿Por qué se les deja abandonadas, sin guía ni protección, a esas jóvenes consideradas legalmente sin cordura e inexpertas, cuando sean huérfanas, en cuanto el padre que quiere desembarazarse de ellas les da licencia para salir de la casa o bien sólo por que el padre o la madre hayan contraído ulteriores bodas? ¿Habría que pensar que en estos casos nace una presunción legal contraria, la de haber adquirido entonces la deseada cordura y experiencia? Sería una injusticia atribuir tales dislates a los hombres de 1851; pero la verdad es que no se vislumbra en qué razón jurídica pensaron fundamentar su in-

(2) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, I, página 266.

(3) *Concordancias*, I, pág. 266.

(4) Como propusiera COMAS, *La revisión del Código español*, 1895, II, página 781.

novación. No una justificación, sino sólo una explicación cabe suponer; se pudo tener en cuenta el prejuicio de la clase media décomónica, ese "decoro público" del que habla García Goyena; no estaba bien visto que una soltera joven viviese separada de sus padres, pero esto no chocaba tanto cuando llegaba la mujer a ser lo que entonces se decía "talludita", ni cuando salía de la casa familiar para no convivir con una madrastra o con un padrastro.

Se justificaría de algún modo el precepto si sirviera para algo práctico, en especial para la defensa de las jóvenes inexpertas o para fortalecer los lazos familiares. Pero no parece útil ni para lo uno ni para lo otro. El padre carece de medios para proteger a la hija contra la voluntad de ésta. En efecto, desde que cumple los veintinueve años es "capaz para todos los actos de la vida civil" (art. 320 C. c.), la patria potestad ha terminado (arts. 167, 2.º, 314, 2.º C. c.) y con ella cesa la obligación de la hija de obedecer al padre (art. 154 C. c.). El padre, en cuya compañía viviera la hija, sólo conserva una facultad, la de impedirle abandonar la casa paterna, la de obligarle a continuar residiendo en ella, pero a nada más. La hija tiene plena libertad, puede ejercitar la profesión que desee y ocupar su tiempo cómo y dónde le parezca y el padre, so pena de incurrir en el delito de secuestro (art. 480 C. p.), habrá de dejarla salir y entrar de la casa cuando la hija quiera y no podrá intervenir su correspondencia ni vedar sus amistades; el padre perdió con la patria potestad sus poderes para guiar, educar y corregir a su hija (art. 155 C. c.). El resultado del artículo es, pues, la convivencia forzada entre una hija a la que la ley le concedió la plena independencia jurídica, y un padre que ha perdido toda—excepto el recuerdo—su antigua autoridad; al hacerse jugar el mandato legal surgirá una situación penosa y prácticamente insostenible para personas de mediana sensibilidad y de buena fe.

En cambio, sí podrá ser utilizado el artículo 321 con fines poco plausibles. El padre o madre (en cuya compañía viviere) separado de su cónyuge podrá impedir que la hija vaya a vivir con éste, al que aquella prefiere, o con sus abuelos, y podrá oponer un obstáculo difícilmente superable a que la hija vaya a ocupar un empleo o destino, incluso obtenido por oposición o concurso, que pueda ir a los baños, a un Sanatorio en otro lugar o población; y no es fantasía pensar en que puedan cotizarse los permisos concedidos a la hija rica. Por otro lado, si el artículo 321 se interpreta en el sentido que parece debido, de conceder al padre un poder de naturaleza familiar, con la doble faz del derecho-obligación, podrá conceder licencia a la hija para salir de la casa paterna, pero no podrá expulsarla de ella, y la hija, contra la voluntad de su padre, podrá afirmar su derecho a "no dejar la casa paterna" mientras no cumpla los veinticinco años. Así, la hija que no tenga derecho a alimentos (art. 152 C. c.) puede imponer a los padres la carga de darle habitación, lo que, aparte de su significado económico, en perjuicio de los demás hermanos (5),

(5) Incluso para conseguir el beneficio concedido por los arts. 71, 72, L. A. U.

puede originar graves e indeseables consecuencias para la disciplina y buen orden de la familia, en caso de ser, por ejemplo, indeseable la convivencia de la hija con los demás hermanos menores.

Si las consideraciones hechas tienen algo de verdad, parecería preferible suprimir a reformar el artículo 321; esa regla ya vieja y sin justificación al ser promulgada, y que en nuestros días repugna como incompatible con los modos del vivir moderno.

La supresión del artículo 321 dejaría un hueco en el Código civil y ningún amigo del Código perdonaría que se le infligiese una mella en su articulado, después de habersele pegado el feo añadido de los artículos bis. El vacío podría llenarse y la ocasión ser aprovechada para resucitar la emancipación germánica, al menos, en favor de los casados que hubiesen cumplido dieciocho años. Pero ésta sería otra cuestión y de ella es prematuro hablar; por ahora baste lo dicho en censura, acusación y condena del artículo 321.

FEDERICO DE CASTRO

La última reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos: Decreto ley de 8 de febrero de 1952 (Derechos de tanteo y retracto)

ALFONSO DE COSSIO CORRAL

Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Sevilla

A dos puntos se refiere esta última reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, dentro de los diferentes que pueden suscitarse en el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto que la citada Ley reconoce a los arrendatarios o inquilinos: ampliación de los plazos y extensión a los casos de división de la cosa común de tales derechos, que la Ley originariamente limitaba a los supuestos de venta y de dación en pago. Ello nos lleva a considerar separadamente cada uno de estos dos aspectos de la reforma:

A. AMPLIACIÓN DE LOS TÉRMINOS PARA TANTEAR Y RETRAER.

Según el preámbulo del Decreto-Ley, la Ley de Arrendamientos Urbanos "establece unos plazos que es preciso ampliar *transitoriamente*, a fin de que las normas que se dicten protejan situaciones jurídicas que por un simple efecto cronológico quedarían excluidas de los propósitos tuitivos del Gobierno", y, como consecuencia de ello, se establece en el artículo 1.º que:

"El derecho de tanteo, reconocido al inquilino de vivienda en el artículo 63 del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos, podrá ejercitarse en el plazo de cuatro meses, en vez del de treinta días que señala dicho artículo.

También podrá ejercitarse en el plazo de cuatro meses el derecho de retracto a que se refieren los apartados a) y b) del artículo 64 de la referida Ley, así como el derecho de impugnación reconocido en el artículo 67."

La simple lectura de este precepto y su fundamentación nos permite establecer tres afirmaciones necesarias para su debida comprensión:

1.^a La ampliación de los términos de ejercicio de los citados derechos se limita únicamente a los casos de *arrendamiento de vivienda*, quedando, por tanto, excluidos de tal ampliación los arrendamientos de local de negocio, para los cuales continuará rigiendo el plazo de treinta días establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

2.^a Tal ampliación no supone una verdadera reforma de la Ley, sino tan sólo una medida de carácter transitorio.

3.^a Que esta medida transitoria parece determinada por el propósito del Gobierno de hacer extensivo en la mayor medida posible a los inquilinos el nuevo régimen del tanteo y retracto arrendaticio urbano, que, según se desprende de este Decreto-Ley, tiene en la actualidad en estudio.

Ahora bien, si ésta es la finalidad de la disposición que comentamos, no podemos menos de señalar los efectos perturbadores que la misma ha de producir en el campo de la contratación inmobiliaria urbana, de una parte, porque la extensión de dicho plazo prolonga innecesariamente un estado de incertidumbre, sumamente perjudicial para este tipo de transacciones, y de otra, porque al ignorarse en la actualidad los términos en que dicho futuro régimen legal ha de aparecer concebido, adivinándose, en cambio, el propósito de dotarle de eficacia retroactiva, quiebra por completo el principio de seguridad jurídica, tan necesario para que los ciudadanos puedan en cada momento conocer la trascendencia que la Ley ha de atribuir a sus actos y omisiones. Es preciso, aunque se trate de regular en este caso el derecho de tanteo, abandonar definitivamente este vicioso sistema de "tanteos legislativos", y comprender que el exceso de protección a inquilinos y arrendatarios, aparte de no ser siempre justo, es, sin duda, una de las causas fundamentales del grave problema que la escasez de viviendas determina, en cuanto no ofrece seguridad alguna a la inversión de capitales el negocio de la construcción, produciendo, en cambio, elevaciones exorbitantes y artificiales de los precios de la propiedad rústica, que se ofrece como única posibilidad de seguro ahorro.

Piénsese que con la publicación de este Decreto-Ley, desde que el propietario decide vender y encuentra comprador hasta que la venta queda consolidada, *sin posibilidades resolutorias*, pueden transcurrir ocho meses (cuatro de tanteo y cuatro de impugnación por excesividad del precio).

A nuestro juicio, las dificultades que en la mayor parte de los casos se oponen al ejercicio de los derechos de retracto e impugnación del precio no radican tanto en la insuficiencia de los plazos como en la forma prácticamente clandestina en que se llevan a efecto las enajenaciones. En primer término, suele, sistemáticamente, omitirse

la notificación que exige el artículo 63 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, conformándose el vendedor con hacer una falsa manifestación ante Notario de que tal notificación se ha llevado a efecto, con lo que se consigue ordinariamente sin dificultad la inscripción en el Registro de la venta, y sin que la sanción penal que el artículo 69 de la propia Ley establece sea suficiente para impedirlo—no conocemos un solo caso de que nadie haya sido condenado, ni siquiera procesado, por falsedad en documento público en casos semejantes—ni tenga eficacia alguna para proteger la realidad de los derechos del arrendatario o inquilino.

Por este procedimiento no sólo queda burlado el derecho de tanteo que la ley reconoce al arrendatario, sino, en la mayor parte de los casos, también el de retracto, ya que la publicidad del Registro es más teórica que práctica en este caso, con lo que cuando el posible retrayente tiene conocimiento de la enajenación, se encuentra fuera de plazo para poder retraer, a no ser que tenga montado un servicio de escucha permanente, y no siempre seguro y económico, en las oficinas del Registro de la Propiedad.

En segundo lugar, si bien estamos conformes con que un derecho de tanteo sin retracto que le complementa resulta en la mayoría de los casos ineficaz, no podemos admitir que cuando se ha dado el correspondiente aviso en forma fehaciente al arrendatario, con la anticipación exigida por la ley, se le permita retraer después de no haber utilizado el tanteo que se le ofrecía. Debiera, por tanto, suprimirse el apartado c) del artículo 54, que le reconoce el retracto “si no hubiere utilizado el tanteo”; y hacerse imposible, o por lo menos dificultarse la hipótesis del apartado a) del mismo precepto—“si no se hubiere hecho la notificación exigida en el artículo 63”—, negando el acceso al Registro a las ventas si no se acreditaba “fehacientemente” que tal notificación se había hecho.

Pero prescindiendo de estas consideraciones de carácter general, y limitándonos a la interpretación del texto legal, tenemos que a partir del mismo, y mientras dure este régimen transitorio, cuando se trate de arrendamientos de vivienda, los plazos serán los siguientes:

a) Derecho de tanteo: Cuatro meses, contados a partir de la notificación auténtica exigida por el artículo 63 de la Ley de A. U.

b) Derecho de retracto. Es preciso distinguir:

a') Si no se hubiere hecho la notificación del artículo 63, o si resultare inferior el precio efectivo de la transmisión al señalado en dicha notificación o distintas las condiciones esenciales de ésta (apartados a) y b) del artículo 64), el plazo será de cuatro meses, contados a partir de la inscripción en el Registro o del momento en que el inquilino tuviere conocimiento de las condiciones esenciales de la transmisión operada.

b') Si hubiere mediado la notificación exigida por el artículo 63, y el inquilino, a pesar de ello, no hubiere utilizado el tanteo (apartado c) del artículo 64), o cuando la transmisión se causare por título

de dación o adjudicación en pago, el plazo será de quince días, contados a partir del conocimiento o inscripción de la enajenación operada, ya que a estos casos no se aplica la reforma del Decreto-Ley que comentamos, sino el propio artículo 64 de la Ley de A. U.

c) Derecho de impugnación por excesividad del precio: el plazo será, en cualquier caso, el de cuatro meses a partir de la fecha en que pudo ejercitar la acción de retracto.

Cuando se trate de arrendamientos de local de negocio, los plazos, como hemos dicho, serán los mismos que se fijaban en la Ley de A. U., ya que a tales casos no se extiende el Decreto-Ley de 1952.

B. CASOS DE DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN,
MEDIANTE ADJUDICACIÓN A LOS PARTÍCIPES
DE LA PROPIEDAD EXCLUSIVA DE PISOS Y
VIVIENDAS

“Dada la equivalencia de las consecuencias jurídicas—nos informa el preámbulo del aludido Decreto-Ley—que para los inquilinos se derivan de la adjudicación de pisos o viviendas a los condóminos por división de la cosa común, y constituyendo éste un medio que a veces se pone en práctica para enervar los derechos de tanteo, retracto e impugnación que para caso de venta corresponden al inquilino, se considera necesario extender tales derechos al mencionado supuesto, sin más excepción que el caso de división y adjudicación de viviendas de fincas urbanas, cuyo condominio nazca o se adquiera por título hereditario.” Y a continuación, en el artículo 2.º de dicha disposición, se establece que:

“La adjudicación de pisos y viviendas por consecuencia de división de cosa común, dará lugar a los derechos de tanteo y retracto prevenidos en los artículos 63 y 64, y al de impugnación del artículo 67 de la referida ley, dentro de los plazos que ahora se establecen.

Exceptúase el caso de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia.”

Es tal la dificultad que la aplicación de este extraordinario precepto plantea en la práctica, que hemos de esperar ansiosamente, aunque con algunos temores, “las normas complementarias” que generosamente se nos ofrecen en el artículo 4.º del Decreto-Ley. Sin embargo, en tanto se cumple tal esperanza, vamos a referirnos a algunas cuestiones que nos sugiere la mera lectura del preámbulo y de la norma legal a continuación establecida. Ante todo, hemos de manifestar honradamente que no comprendemos en qué forma, mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo* podía llegarse a burlar el derecho de retracto concedido al inquilino. Conocíamos, sí, algunos casos, en que

tal resultado se había pretendido precisamente haciendo lo contrario, es decir, enajenando partes indivisas, y adquiriendo después el comunero así creado las restantes hasta unir en su mano todas las existentes, amparado en la preferencia que el artículo 66 de la Ley de A. U. le reconocía. Como hemos visto proceder, también, a la agrupación registral de diversas fincas colindantes, habitada cada una de ellas por un solo inquilino, y venderlas después como una sola finca, con lo que faltaba el supuesto previsto en el artículo 63. en cuanto de esta forma eran ya varios los inquilinos de la finca vendida.

Pero prescindiendo de estas cuestiones, y centrándonos al examen del precepto, hemos de considerar más concretamente:

a) Cuál sea la especial naturaleza de este derecho de adquisición reconocido al inquilino por la ley. En principio, el derecho de retracto aparece como "el derecho de subrogarse, en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago" (artículo 1.521 del C. c.), por lo que, más bien que una causa de resolución de la venta, implica una subrogación en el lugar del comprador, que supone la validez y persistencia de tal negocio transmisivo. Sin embargo, la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 amplió extraordinariamente el ámbito de aplicación de este derecho, al extenderlo a todas las transmisiones a título oneroso, de cualquier clase que sean, y la de 16 de julio de 1949 somete a retracto no sólo las enajenaciones a título oneroso de la finca, porción determinada o participación indivisa de la misma, sino, incluso, las donaciones *inter vivos*, con la sola excepción de las hechas por razón de matrimonio en que puede el arrendatario exigir del donatario le sea vendida la finca arrendada en el precio en que ésta haya sido valorada en la escritura de donación.

Claro está que la subrogación, que aparece perfectamente clara en los casos de venta y dación en pago, no es posible, en términos propios, cuando se trate de otra clase de contrato a título oneroso (permuta, aportación a una sociedad, etc., etc.), o de una donación *inter vivos*. En tales supuestos nos hallamos ante un derecho real de adquisición de mayor alcance y diferente naturaleza que el retracto propiamente dicho, y que guarda mayor similitud con el tanteo y la opción de compra. La Ley de A. U. estableció el retracto en los mismos términos que el Código civil, hablando exclusivamente de venta y de dación en pago, o, como dice algunas veces, de cesión solutoria, con lo que parecen quedar excluidas de ella otras formas de transmisión a título oneroso, y, desde luego, todos los casos de transmisión gratuita. Por ello la nueva ley viene a establecer una ampliación, que de momento se limita al solo caso de división de la cosa común; pero que hace adivinar en el futuro mayores extensiones.

Ahora bien, sólo impropriamente se puede bautizar con el nombre de retracto este derecho concedido al arrendatario por el artículo 2.º del Decreto-Ley de 1952, en cuanto el mismo no supone una verdadera subrogación, sino más bien una enajenación o expropiación for-

zosa impuesta al copropietario a favor del arrendatario de la finca dividida, cuya enajenación no podrá en ningún caso hacerse en los mismos términos y condiciones en que se llevó a cabo la división material y adjudicación subsiguiente de las partes. Con mayor exactitud pudiera haberse dicho que en este caso la ley concedía al arrendatario una opción de compra frente al adjudicatario de la vivienda o piso.

b) Al hablar la ley de “adjudicación de pisos o viviendas como consecuencia de división de cosa común”, parece dar por sentado, aunque ello sea sumamente discutible, que tal adjudicación supone un acto propiamente transmisivo. El artículo 450 del Código civil nos da base para pensar precisamente lo contrario, en cuanto establece que debe entenderse, por ministerio de la ley, que cada uno de los partícipes en la cosa común ha poseído exclusivamente durante la indivisión la parte que al disolverse le correspondiere. Construir este negocio jurídico como permuta de partes indivisas, como hace algún autor, nos parece solución más ingeniosa que práctica, y que, además, no responde a la verdadera naturaleza del indiviso y del acto particional.

Por ello insistimos que en el presente caso no puede hablarse de retracto, que supone siempre una enajenación previa, sino de opción de compra en unas condiciones, y esto es lo más asombroso de todo, que la ley no se ha cuidado de determinar. No puede aquí subrogarse el arrendatario en una enajenación que no ha tenido lugar, y que, aunque se hubiera producido, habría sido sin precio.

c) Plantéase la cuestión de si este derecho de adquisición que la disposición citada establece se limita sólo a los inquilinos, o si debe entenderse extendida también a los arrendamientos de locales de negocio. El preámbulo de tal disposición se refiere sólo a viviendas (al propósito enunciado en el Fuero de Trabajo de “hacer asequibles a los inquilinos las *viviendas que habitan*”); el artículo primero habla sólo del “derecho de tanteo, reconocido al *inquilino de vivienda*”; y el artículo 2.º que ahora estudiamos habla de “la *adjudicación de pisos y viviendas*”, de donde parece inferirse que tal derecho no se concede a los arrendatarios de local de negocio.

Sin embargo, la forma de expresión es imprecisa en cuanto habla de *pisos y viviendas*, utilizando la copulativa como si se tratase de dos conceptos distintos. En primer lugar, ¿cómo hemos de interpretar la palabra *pisos*? Si entendemos este artículo en relación con el 396 del Código civil, reformado por la Ley de 26 de octubre de 1939, en el que *pisos* se entiende en el sentido más amplio, según aclara la sentencia de 24 de mayo de 1943, extendiéndose a “toda clase de edificios, y no a los destinados a viviendas familiares exclusivamente”, pudiéramos entender que tal designación aludía más que a los pisos en su sentido estricto, a las diferentes partes de un edificio susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública. Sin embargo, entendemos que dado el espíritu del Decreto-Ley que comentamos, debe limitarse el derecho del inquilino a los pisos o partes de piso destinadas

a vivienda, quedando excluidas las que sirven de establecimiento a un negocio.

En segundo término, puede plantearse la cuestión cuando se trate de un arrendamiento mixto, de negocio y vivienda. En tal supuesto parece que rigiéndose éste por las normas del arrendamiento de local de negocio, no es de aplicación este derecho. Si lo será, en cambio, cuando un edificio, integrado por varios pisos, está arrendado como vivienda por un solo contrato a un solo inquilino; pero, ¿podrá éste retraer uno de los pisos, manteniendo el arrendamiento en cuanto a los demás? Ello plantearía un grave problema, cual sería el de determinar la modificación que en virtud de esta reducción del objeto del arrendamiento había de experimentar la renta pactada; ello supondría una verdadera novación del contrato primitivo, que la ley no establece, y que exigiría, por tanto, el consentimiento de todos los interesados.

Cabe, sin embargo, dar solución a este problema, si se tiene en cuenta que en el fondo, al producirse el reparto de los pisos entre los comuneros arrendadores, el inquilino que retrae uno de ellos se subroga a los efectos del arrendamiento en el lugar del condómino cuya parte adquiere, y, por tanto, la renta total quedará rebajada en la parte que al condómino retraído correspondiere. Sería la misma solución que se produce cuando el inquilino adquiere partes indivisas de la finca arrendada por cualquier medio distinto del retracto (herencia, compra, etc.).

b) El problema de mayor dificultad que se plantea, sin embargo, en la aplicación del artículo 2.º es el de la determinación de la cantidad que el inquilino retrayente debe pagar por el piso objeto de la adjudicación, ya que la división material de una cosa no presupone fijación de precio de cada una de las partes adjudicadas, y ni siquiera de la totalidad. Si la división material se ha llevado a efecto mediante escritura pública, lo normal será que en la misma se haga constar el valor de cada una de las partes adjudicadas; pero si tal circunstancia no se da, y no se han valorado los diversos pisos adjudicados, ¿cuál será el criterio que habremos de seguir?

A primera vista, parecería la solución más lógica la de atenerse a los datos del Registro fiscal, y considerar los mismos como base para la determinación del precio. Tal solución simplista ofrece, sin embargo, diversas dificultades. En primer lugar, nos encontramos con que son numerosos los casos en que, a pesar de lo dispuesto en las leyes tributarias, no aparece la renta de un inmueble debidamente distribuida entre los diversos pisos, sino en forma global e indiferenciada; en segundo término, ocurre que, en tales casos, podría darse una evidente e injusta contradicción. En efecto, el valor fiscal sería el producto de capitalizar la renta al cuatro por ciento; pero el artículo 67 de la Ley de A. U., a los efectos de la fijación del precio máximo que puede obtenerse en la venta de una finca urbana arrendada, a los efectos de impugnación por excesividad en el precio, señala en unos casos el tres por ciento, y en otros, el cuatro y medio por ciento de

la renta que el inquilino pague, según se trate de local construido o habitado por primera vez antes o después de 1.º de enero de 1942.

Parece, pues, lo más claro el admitir como base de valoración, cuando ésta no conste en el documento de la adjudicación, el aplicar la norma de este artículo 67 de la Ley de A. U., siquiera ello pueda dar lugar a grandes injusticias, sobre todo en el caso en que la casa tenga atribuida, a los efectos fiscales, una renta superior a la que realmente paga el inquilino. De todas formas, sería de desear una norma clara que resolviese esta cuestión.

c) El artículo examinado excluye expresamente de su ámbito de aplicación "el caso de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia". Tal excepción aparece obscurecida por el texto del preámbulo, donde, en este punto, se afirma que "sin más excepción que el caso de adjudicación y división de viviendas de fincas urbanas, cuyo condominio nazca o se adquiera por título hereditario".

En efecto, tales expresiones se pueden prestar a equívocos peligrosos. En buena técnica jurídica, la comunidad hereditaria no constituye propiamente un condominio, sino, como es sabido, una forma de comunidad especial, que la jurisprudencia aproxima a la que se conoce con el nombre de comunidad de tipo germánico; ahora bien, puede ocurrir, y de hecho ocurre con frecuencia, que al hacerse la partición de la herencia, una o varias fincas de la misma se adjudiquen proindiviso a los herederos. Habremos de entender que en este caso, al decidir dichos herederos, con posterioridad a la partición propiamente dicha, poner término al indiviso por ella creado, mediante adjudicación de cada uno de los pisos a cada uno de los herederos, o lo que es lo mismo, cuando se pone término a la comunidad, no por la *actio familiae erciscundae*, sino mediante la *actio communi dividundo*, ¿cabrá afirmar que nos encontramos ante la excepción del artículo 2.º, o cabrá ejercitar los derechos de tanteo, retracto e impugnación a que el mismo se refiere?

Entendemos que el legislador ha querido solamente referirse, aunque se haya expresado equivocadamente, tan sólo a los casos de división de la comunidad hereditaria, porque otra cosa carecería de sentido, y que, por lo tanto, la excepción no puede extenderse a los casos en que, habiendo sido creada la copropiedad por el título de la partición hereditaria, los comuneros decidan ponerla término mediante la adjudicación de los diversos pisos o partes de edificio a cada uno de los interesados.

d) Mayores dificultades plantea, si cabe, el derecho de impugnación por excesividad en el precio en los casos de adjudicaciones llevadas a efecto en la división de la cosa común. El artículo 67 de la Ley de A. U. habla de excesividad del *precio fijado en el contrato de transmisión*. ¿Cómo puede darse tal excesividad en este caso? Porque, en primer término, ni aquí hay transmisión, ni mucho menos *precio*, y en segundo lugar, no sabemos qué efectos puedan atri-

buirse a la nulidad de este modo producida, ni las ventajas que ella pueda reportar al inquilino.

Procurando penetrar en el pensamiento del redactor de la ley, parece que éste ha contemplado dos posibilidades: una, la de que en la escritura de división material se haya fijado un valor excesivo al piso adjudicado, y otra, la de que, también con excesividad, el adjudicatario estuviere obligado a pagar alguna diferencia en metálico, único supuesto en que cabría hablar, aunque con impropiedad, de precio.

Ahora bien, si se da la excesividad en la forma indicada, y la impugnación prospera, ¿cuáles serán los efectos de tal impugnación? Parece que la nulidad de *toda la partición*, y no sólo de la adjudicación concreta del piso a que se refiera, ya que una nulidad parcial de un negocio unitario sería un verdadero contrasentido. Esto sentado, las consecuencias que de aquí se deriven pueden ser verdaderamente perturbadoras: piénsese, por ejemplo, en el caso de que los inquilinos de los otros pisos, en vez de impugnar la partición, hayan reatraído: ¿quedarán sin efecto tales retractos al quedar ineficaz el acto que les dió origen? Parece que ésta es la única solución lógica del problema.

* * *

Una última cuestión cabe plantear. Según el artículo 5.º del Decreto-Ley:

“Por el Ministerio de Justicia se dictarán las normas complementarias que se estimen precisas para el mejor cumplimiento y desarrollo de este Decreto-Ley, del que se dará cuenta inmediata a las Cortes, quedando derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo preceptuado en el mismo.”

¿Significa este artículo que las normas anteriormente examinadas no podrán ser objeto de aplicación hasta que se hayan dictado tales normas complementarias? Si atendiéramos a la vaguedad e imprecisión del artículo 2.º, podríamos sentirnos tentados a admitir que tal aplazamiento era lógico y necesario; sin embargo, la lectura del artículo 4.º, que establece que el Decreto-Ley “entrará en vigor el mismo día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, y estará vigente hasta que el Gobierno acuerde por Decreto dejarlo sin efecto”, nos lleva a la conclusión contraria, ya que supone su inmediata vigencia.

Por otra parte, al establecer el artículo 3.º que:

“La precedente disposición será aplicable a los plazos de ejercicio de los derechos de tanteo, retracto e impugnación que estén transcurriendo en la actualidad”.

entendemos que, a pesar del singular "precedente disposición", se refiere a las disposiciones precedentes, es decir, tanto a la contenida en el artículo 2.º como a la del 1.º, y que, por lo tanto, será aplicable a las adjudicaciones de pisos y viviendas por consecuencia de la división de cosa común que se haya producido dentro de los sesenta días anteriores a la publicación del Decreto-Ley, ya que estimamos que los plazos a que este precepto se refiere son los de la Ley de A. U. y no los nuevamente establecidos, en cuanto la retroactividad no puede interpretarse nunca extensivamente, y otra cosa supondría hacer revivir derechos ya caducados.

VIDA JURIDICA

Vida jurídica.

1. NOTICIAS

A) NACIONALES

Inauguración del curso en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

Conferencia del Excmo. Sr. D. José CASTÁN TOBEÑAS

El 6 de febrero de 1952, y bajo la presidencia de los excelentísimos señores Ministros de Justicia y Educación Nacional, tuvo lugar en el edificio del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos el acto de la solemne inauguración del curso correspondiente a 1952.

Concedida la palabra al Secretario general del Instituto, el Ilmo. señor don Alfonso García Gallo, dió lectura a la reglamentaria Memoria comprensiva de las actividades desarrolladas durante el año 1951. De ella es preciso destacar la labor de investigación realizada por los miembros del Instituto quienes trabajando en el seno de sus distintas Secciones o marchando pensionados al extranjero, han ofrecido provechosos frutos de su trabajo. Siguiendo en el análisis de las actividades menciona expresamente las que se han realizado en el Seminario que bajo los auspicios de nuestro ANUARIO se celebra semanalmente el curso organizado por la Sección de Legislación Hipotecaria y Notarial, bajo la denominación de «Derecho Inmobiliario Registral».

En el examen de las publicaciones hace especial hincapié en los Anuarios de Historia del Derecho, Derecho civil y Derecho penal.

Menciona cómo han desarrollado interesantísimas conferencias en la cátedra del Instituto destacados profesores extranjeros y renombrados juristas españoles.

Los asistentes siguieron con particular interés la lectura de la documentada Memoria.

Seguidamente, el Director del Instituto, Ilmo. Sr. D. Isidro de Arcenegui Carmona, pronunció unas elocuentes palabras, que recogían la labor realizada y estructuraban grandes proyectos para el futuro, de entre los cuales no puede menos de destacarse la proyectada creación, como una publicación periódica más del Instituto, del «Anuario de Filosofía del Derecho».

Por último, el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Supremo, D. José Castán Tobeñas, puso digno colofón al acto celebrado, disertando con la brillantez y documentación que le es propia, sobre el tema «SITUACIONES JURIDICAS SUBJETIVAS».

Al desarrollarlo, el señor Castán se ocupó de la extensión y aplicación

exagerada que se viene haciendo y dando a la idea de relación jurídica por influjo de la dogmática moderna del Derecho civil y estimó útil, como reacción contra ella, la noción de situación jurídica, cada vez más generalizada, pero todavía imprecisa, en la doctrina actual. Dentro de este marco, estudió, en primer lugar, el deber jurídico y las situaciones afines al mismo, poniendo de relieve los antecedentes históricos y las teorías modernas en orden a las respectivas ideas. Tras de señalar el enfoque que da a las situaciones subjetivas, la que se puede llamar concepción jurídica española, terminó su excepcional disertación el señor Castán, resumiendo las conclusiones críticas que cabía extraer de ellas.

J. H. C.

El nuevo Código civil filipino

Conferencia del Dr. Jorge Bocobo en el Colegio de Abogados de Madrid, el día 23 octubre 1951

El texto de la conferencia del Dr. Jorge Bocobo (1), actual presidente de la Comisión Codificadora de Filipinas, presenta aspectos tan sugestivos que bien merece destacarlos para conocimiento de los juristas españoles, precisamente en las páginas del ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tan atentas siempre a las relaciones culturales y a las manifestaciones jurídicas de los países hispánicos. El nuevo Código conserva en la forma y en el fondo el contenido sustancial del Código civil español. Así, está dividido en cuatro libros, a pesar de haber sido trasladado el título sobre la prescripción al libro 3.º y añadido como uno de los modos de adquirir la propiedad, la creación intelectual. Igualmente, el orden de las materias en cada libro sigue la pauta del Código civil español, aunque se han añadido nuevos temas: la familia, el cuidado y la educación de los hijos, el uso de los apellidos en el primer libro; el apoyo lateral y subyacente y el estorbo o molestia, en el libro 2.º; la reforma de los documentos, los contratos inexistentes, las obligaciones naturales, los fideicomisos, los cuasicontratos y los daños—entre ellos el daño moral—en el libro 4.º

Como fuente del nuevo Código pueden señalarse: el Código civil español, como fuente principal y los Códigos civiles de Alemania, Francia, Suiza, Argentina, Méjico y otros países como subsidiarias. Incorpora, por otra parte, muchas interpretaciones de los Tribunales Supremos de España y de Filipinas. Y como doctrina se han tenido en cuenta, entre otras, las obras de Castán, Manresa, Sánchez Román, De Diego, Scaévol, Maura y Valverde.

Como tendencias primordiales del nuevo Código, el Dr. Jorge Bocobo señala como más importantes las siguientes:

1.ª *La consolidación más compacta de la familia.*

Destacan entre todas las reformas tendentes a la fortificación del núcleo familiar, la abolición del divorcio absoluto o vincular y el reconocimiento de la familia como institución social básica (art. 216) y en relación con este prin-

(1) La presentación del conferenciante estuvo a cargo del profesor doctor A. Estrada, agregado cultural de la Embajada de Filipinas en España.

cipio el desconocimiento de toda costumbre práctica o convención que tienda a destruir la familia (art. 218).

En otro sentido, la necesidad de la vía amistosa para la presentación ante el juzgado de cualquier acción mantenida entre los miembros de la misma familia (art. 22) y la posibilidad por uno de los cónyuges que se sienta perjudicado de un remedio al Tribunal (art. 116).

En esta misma dirección, los arts. 223 a 251 establecen el «family home» o el hogar de la familia.

2.ª *La liberación de los derechos de la mujer casada.*

En general, puede decirse que la incapacidad de la mujer casada ha desaparecido (art. 39), con las excepciones establecidas en los arts. 114 y 117 e igualmente por virtud del art. 57, por el cual el marido puede oponerse por motivos graves y válidos al ejercicio por la mujer de cualquier profesión o actividad comercial.

En la sociedad de gananciales han sido reducidos los poderes del marido (arts. 166 y 167).

3.ª *El atributo supremo de la justicia frente al método legalista.*

La consagración de este principio viene reconocido en el art. 21 y en el 19, en cuya virtud cualquier persona que voluntariamente causare pérdida o perjuicio a otra de un modo contrario a la moral, a las buenas costumbres o a la política del Estado, deberá compensar a esta persona.

4.ª *Las obligaciones naturales.*

El nuevo Código reconoce en el art. 1.423 las obligaciones naturales y especifica algunos casos en los arts. 1.421 y 1.430.

5.ª *La equidad en el derecho angloamericano.*

El nuevo Código ha recogido la llamada «equity jurisprudence» del derecho angloamericano. Este principio se aplica en los supuestos de la llamada hipoteca de equidad—*impled trust*—, reducción de la pena, cumplimiento sustancial de los contratos y reforma de escritura.

6.ª *La justicia social.*

Como más destacadas disposiciones sobre la materia, merecen señalarse la protección en todas las relaciones contractuales para la parte que se encuentre en desventaja por su dependencia moral, ignorancia, indigencia, debilidad mental, tierna edad o cualquier otra dificultad (art. 24). La prohibición en época de escasez o emergencia pública por orden judicial y a instancia de cualquier institución caritativa de todo exceso temerario en los gastos por el placer o la ostentación (art. 25). El reconocimiento del interés público en las relaciones entre el capital y el trabajo (art. 1.700). La interpretación en caso de duda, de toda la legislación y de los contratos de trabajo a favor de la seguridad y la vida decente del obrero (art. 1.702; y el reconocimiento de un gravamen especial a favor del jornal del obrero sobre los artículos fabricados o la obra realizada (art. 1.707).

7.^a *La acción civil independiente o «torts».*

Para ciertos casos, arts. 33, 32, 27 y 29 se reconoce la teoría del derecho angloamericano, por virtud de la cual se concede una acción civil independiente o «torts», de la acción penal subsiguiente al cometimiento de una falta o delito.

8.^a *Molestias o «nuisance».*

El art. 694 define las molestias como cualquier acto, omisión, establecimiento, negocio, condición de los bienes o cualquier otra cosa que perjudique o ponga en peligro la salud y la seguridad de otros, moleste u ofenda los sentidos, lastime la decencia o la moral, obstruya cualquier camino, calle o canal o impida en último caso o menoscabe el goce de los bienes; el art. 707 dispone en favor de cualquier persona la responsabilidad de los daños y perjuicios o causare destrozo innecesario o si los tribunales declaran posteriormente que una supuesta molestia no lo es en realidad.

9.^a *Quasi contratos.*

Además de los ya reconocidos por el Código español se tipifican el supuesto de tratamiento o auxilio, caso de enfermedad—art. 2.167—, la compensación justa en caso de incendio, inundación, terremoto, tormenta u otro estrago—artículo 2.168—y la prestación proporcional en el supuesto de un beneficio por consecuencia de un plan adoptado por la mayoría de los habitantes mayores de edad en una comunidad pequeña para la protección general.

10. *Daños y perjuicios.*

El tít. XVIII, del libro IV, reconoce como tipos de daño, el compensatorio moral, nominal, moderado, líquido y ejemplar o correccional y los cualifica en los arts. 2.219, 2.220, 2.221, 2.224, 2.226, 2.229, 2.230, 2.231 y 2.232.

Por otra parte, ha aumentado considerablemente la indemnización en cuanto a los daños y perjuicios causados por la muerte de una persona—art. 2.206—.

Con mayor amplitud que el Código Civil español, conservando sustancialmente sus disposiciones, añade sobre la materia del quasi delito las comprendidas en los arts. 2.177, 2.179, 2.184 y 2.180, inciso 5.º

Por todo lo expuesto, se ve que el Código Civil de Filipinas, conservando tanto el fondo como la forma del Código Civil español, ha efectuado cambios de trascendencia y consideración, y representa, junto con las inspiraciones del espíritu hispánico, una construcción más detallada, acercándose a la dirección de la jurisprudencia angloamericana, que viene a completar casuísticamente el contenido del Código Civil español.

La conferencia del Dr. Bocobo, al desarrollar magníficamente las directrices más importantes del Código Civil filipino, en cuya redacción le corresponde tanta parte, ha proporcionado a los juristas españoles una inteligencia más cercana a aquel cuerpo legal, destacando las más importantes cuestiones desarrolladas a lo largo de su articulado y que la palabra clara y fácil del doctor Bocobo hizo sentir con la mayor atención a todo el distinguido auditorio, que tuvo el placer de escucharle.

Conferencia de D. José Alonso Fernández, sobre el tema «Débito y Responsabilidad» en el curso de Derecho inmobiliario

Con asistencia del Presidente del Consejo de Estado, D. José Ibáñez Martín, tuvo lugar en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, el pasado día 6 de febrero, el acto inaugural del Curso de Derecho Inmobiliario, organizado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. El Sr. Alonso Fernández pronunció su interesante conferencia sobre el tema *Débito y Responsabilidad* en el marco de la doctrina de las obligaciones. Señaló los términos de su formulación en Brinz, así como las reacciones favorables y adversas acusadas en los escritores germanos y latinos, singularmente en Gierke. Hizo notar la trascendencia que la dicotomía alcanza en el Derecho germánico, y presenta el ejemplo tan significativo de la «haftung de persona», «de patrimonio» y «de cosa», para concluir en la posibilidad de no coincidencia del débito y la responsabilidad.

A través de los testimonios de Girard, Mommsen, Cornil y Pacchioni se adentra el conferenciante en la significación del problema en el Derecho romano, para continuar su ponderada investigación en los Fueros medievales españoles.

En el moderno Derecho, dice el Sr. Alonso Fernández, juega con relevante papel la distinción *schuld-haftung*, aun cuando no aparezca expresamente formulada. Examina a continuación la doctrina contemporánea (Carnelutti, Perozzi, Binder, y, entre los españoles, Hernández Gil, Núñez Lagos y Sanz), pasando inmediatamente a estudiarla en el plano legislativo positivo de nuestra Patria. El débito, de contenido jurídico, y la responsabilidad económica dibujan su posible reconocimiento a través de la doctrina de las Obligaciones (arts. 1.088 y 1.911 del C. c.), en la categoría específica de las naturales (1.798, 1.756, 1.208, 1.824), en las solidarias, en el beneficio de inventario, en la adjudicación para pago de deudas hereditarias, en la hipoteca de seguridad, de prestaciones periódicas, en las sociedades colectivas y comanditarias, y en tantas otras instituciones del ordenamiento jurídico español, explicables en gran parte en función de la distinción estudiada con tanta profundidad y erudición por el ilustre conferenciante, que al terminar su disertación fué muy aplaudido.

A. G. R.

Conferencia pronunciada por D. Antonio Ríos Mosquera sobre el tema «De la fiducia a la hipoteca mobiliaria»

En el salón de actos del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, pronunció, el pasado día 23, D. Antonio Ríos Mosquera su conferencia *De la fiducia a la hipoteca mobiliaria*, segunda del ciclo organizado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad de España.

Empieza reconociendo lo ambicioso del propósito de recordar veinticinco siglos de historia jurídica. Analiza ciertas formas de garantía en los Derechos pre-romanos y se adentra en el estudio de la fiducia, señalando los jalones de su evolución hacia estudios más flexibles. Hace notar cómo la nota diferenciadora entre el «pignus» y la hipoteca no fué la naturaleza de las cosas dadas en garantía, sino el desplazamiento de la posesión al acreedor, originándose junto a las figuras conocidas las de prenda de inmuebles e hipoteca de muebles. Pasa revista a nuestro Derecho intermedio, general y municipal, a las Recopilaciones, Leyes de Toro, etc., para afirmar que la publicación de la ley Hipotecaria de 1861 y del Código civil dieron en España carta de naturaleza a una distinción real de los derechos de garantía, que debe reputarse impropia.

De esta distinción ha surgido la actual indecisión ante la prenda sin desplazamiento, instituida por ley de 5 de diciembre de 1941. Recuerda el conferenciante sus antecedentes legislativos y jurisprudenciales, y termina señalando cómo pese a la conocida Resolución de 1950, que declaró aquella norma en injustificada situación de *vacatio legis*, funciona en diversos Registros españoles el de hipoteca mobiliaria, precisamente al amparo de otra Resolución de la propia Dirección de los Registros, de diciembre de 1941.

Termina, finalmente, señalando que en el Registro de Cosas Muebles y de sus respectivos gravámenes está insita buena parte de la futura seguridad jurídica general, siendo precisa su implantación en nuestra Patria, al modo como ya existe en diversos países europeos y americanos, a cuyos Ordenamientos legales alude con brillantez y erudición no exentas de graciosa amenidad.

Arturo GALLARDO RUEDA

B) EXTRANJERAS

El Código del Notariado canadiense

Resultado de sucesivas adiciones y modificaciones (1925, 1933, 1941, 1945, 1946, 1947 y 1948), consta en la edición 1949 de 324 artículos, tres disposiciones transitorias y un formulario anexo, de valor y eficacia también legales, aunque no exhaustivo. Los Notarios se definen como oficiales públicos, cuya función principal es la de recibir y redactar los actos y contratos que las partes deseen revestir del carácter de auténticos. Están bajo la salvaguardia de la ley y son protegidos por ésta en la ejecución de sus deberes profesionales. Su oficina y su documentación son inembargables. Sólo los Notarios, en concurrencia con los Abogados en ejercicio, pueden redactar documentos inscribibles. Están ligados por el secreto profesional y por las reglas de probidad e imparcialidad más escrupulosas. Deben tener a disposición del público una lista de las personas interdictadas o incapacitadas de su distrito. La redacción de los documentos no ha de ser manual, puesto que pueden ser aquellos impresos en gran parte: Los nombres, estado y domicilio de los otorgantes deben ser conocidos del fedatario o atestiguados en el mismo acto por personas mayores de edad, conocidas del funcionario. Dos o más Notarios pueden trabajar asocia-

dos en un despacho común. La Notaría puede ser cedida a otro Notario, con aprobación de la Cámara corporativa correspondiente, por un período prorrogable de cincuenta años. La admisión en el Notariado implica la posesión del bachillerato o de un certificado de estudios clásicos considerado suficiente, la práctica en una Notaría y la obtención de un determinado grado en los estudios jurídicos—posterior a aquella práctica—. Luego es preciso aprobar un examen específico que se pasa ante la Cámara de Notarios, y cuyo detalle no figura en el Código. El Notariado canadiense puede reunirse en asambleas generales extraordinarias, siempre que se juzgue conveniente. Las Cámaras notariales son provinciales, y, naturalmente, la regulada en el texto que comentamos es la de Québec, más afín que las otras al sistema latino. Tiene personalidad jurídica y puede adquirir y poseer bienes; ejerce funciones de vigilancia e impone sanciones disciplinarias. Como órgano ejecutivo de la misma funciona un Consejo integrado por cinco miembros.

Nos abstenemos de dar mayor extensión a la presente reseña, dado que sobre la estructura actual del Notariado canadiense hay no escasa bibliografía y un informe muy completo que, presentado por su Delegación al I Congreso de Buenos Aires, ha sido publicado por la Revista Internacional del Notariado Latino.

Arturo GALLARDO RUEDA

Los planes del Instituto jurídico de Moscú

Luego de las violentas invectivas del partido comunista, en 1946, sobre la necesidad de mejorar y profundizar la enseñanza jurídica en la U. R. S. S., el Presidium de la Academia de Ciencias de Moscú convocó una Conferencia federal destinada a poner de relieve los progresos efectuados hasta 1950. Informaron ampliamente los directores de los Institutos de Economía y Derecho, Ostrovitianov y Kazantzev. A las palabras del último nos referimos en la presente nota.

Consta el «dossier» de dos partes bien diferenciadas. Pónese de relieve que, no obstante las importantes aportaciones a la ciencia jurídica soviética, realizadas aisladamente por Vychinsky, Vénédictov y Guernet, laureados con el premio «Stalin», y la aparición de manuales y monografías de considerable valor, el balance de aquellos años es decepcionante. Gran parte de los trabajos publicados son tachados por el informante de influidos por el cosmopolitismo burgués, sin otorgar al estudio específico del Derecho soviético la debida atención. Por otra parte, los especialistas rusos parecen haberse dedicado en mayor proporción al análisis de la legislación secundaria y de la jurisprudencia que a la formulación de los grandes estudios políticos e internacionales que el Gobierno y el Partido esperaban de ellos.

Detalla la segunda parte las lagunas más notables observadas en las distintas disciplinas jurídicas por los rectores de la U. R. S. S. En el Derecho administrativo, la ausencia de obras, seminarios y publicaciones sobre la función de los soviets locales y regionales, cuya importancia no debe ser subestimada en el Estado comunista; en el internacional, sobre los esfuerzos «pacíficos»

de Rusia, la restauración de la soberanía de tantos Estados antes oprimidos y hoy «liberados», y el carácter criminal de los pactos atlánticos y agresivos configurados por los atizadores norteamericanos de la guerra; en el civil, sobre la transición de la propiedad socialista a la comunista integral, las relaciones contractuales entre las empresas públicas, la consolidación de las conyugales y paternofiliales, etc.

Propugnó también, y especialmente, Kazantzev la conveniencia de dar a la imprenta manuales pedagógicos, realmente asequibles y de valor eficazmente formativo, para los alumnos de las Escuelas de Derecho y aun para el pueblo mismo. Esbozó un plan de intercambio de especialistas entre los Institutos regionales y el de Moscú.

Termina su informe el citado director asegurando que la Constitución staliniana y las leyes de ella derivadas han sustituido al Derecho justinianeo y al Código de Napoleón en la guía de los estudios jurídicos «progresistas» de todo el mundo, y que, de hecho, constituyen ya un modelo constantemente imitado por las nuevas democracias populares.

Naturalmente que sus palabras merecieron la más «unánime» aprobación de los delegados de las instituciones jurídicas comunistas representadas en la Conferencia.

Arturo GALLARDO RUEDA

Estatuto orgánico del Poder judicial de Venezuela

Derogada la Ley Orgánica del Poder Judicial de 8 de noviembre de 1948, la Junta de Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela la ha sustituido por el denominado Estatuto Judicial de 21 de diciembre del pasado año. Consta el nuevo texto legal de 170 artículos, distribuidos del siguiente modo:

Título I.—Del Poder judicial; de sus órganos y de la Administración de Justicia.

Capítulo I.—Disposiciones generales.

Capítulo II.—Condiciones, nombramiento e incompatibilidad de los Jueces.

Título II.—De los deberes y derechos de los Jueces y de las prohibiciones a los mismos.

Título III.—De las faltas que pueden ocurrir en los Tribunales y del modo de suplirlas.

Título IV.—De los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria, su organización atribuciones, y de las circunscripciones judiciales.

Capítulo I.—De los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria.

Capítulo II.—De las Cortes Superiores.

Capítulo III.—De los Juzgados de Primera Instancia.

Capítulo IV.—De los Juzgados de Distrito o de Departamento.

Capítulo V.—De los Juzgados de Municipio o de Parroquia.

Capítulo VI.—De los Juzgados de Instrucción.

Capítulo VII.—De las Circunscripciones judiciales.

Titulo V. De los Secretarios, Alguaciles y demás empleados de los Tribunales ordinarios.

Titulo VI.—Del Ministerio Público.

Titulo VII.—De los Defensores públicos de presos.

Titulo VIII.—De los Médicos forenses.

Titulo IX.—De las sanciones correctivas y disciplinarias.

Titulo X.—De la Inspección y Vigilancia de la Administración de Justicia
Disposiciones finales.

Disposiciones transitorias.

Prescindiendo de toda consideración no exclusivamente informativa, sintetizamos a continuación lo esencial del nuevo Estatuto.

El Poder judicial es independiente y se personifica en la Corte Federal y de Casación y los Tribunales de la jurisdicción ordinaria y especiales. Salvo excepciones expresamente establecidas en la Ley, conoce de todos los asuntos civiles, mercantiles, penales, laborales, militares, políticos, administrativos y fiscales, cualesquiera que sean las personas que intervengan en ellos. Las competencias son resueltas por la Corte Federal y de Casación. Los procedimientos que se sigan por los trámites del juicio ordinario no podrán tener una duración superior a sesenta días. El Ministerio de Justicia nombra funcionarios encargados de vigilar la aplicación de la Ley de Arancel Judicial. Para ser nombrado Juez o Magistrado se exigen las habituales circunstancias de edad y nacionalidad, pero no la de ser abogado, aun cuando éstos son preferidos siempre. Al nombramiento debe preceder propuesta del Tribunal Superior, excepto los Jueces de Instrucción, que son designados libremente por el Gobierno.

Los grados de la jurisdicción ordinaria son los Juzgados o Cortes Superiores, los de Primera Instancia, los de Distrito o Departamento, los de Municipio o Parroquia y los de Instrucción. Estos últimos, de competencia exclusivamente penal, instruyen los sumarios y ejecutan las comisiones que les son encomendadas. Los Secretarios y demás funcionarios son de libre nombramiento del Tribunal o Juzgado correspondiente entre quienes posean el certificado de suficiencia expedido por el Ministerio de Justicia. El Ministerio fiscal se somete a una Ley especial. Los Defensores públicos de presos constituyen un Cuerpo especial, remunerado, con la función específica de Letrados de oficio en procedimientos criminales, y no pueden ejercer particularmente la abogacía. Cuando no hubiere Letrados, pueden ser nombrados defensores otras personas.

La Inspección de Tribunales—excepto los militares—se confía al Ministerio de Justicia, quien la ejerce a través de funcionarios especializados, abogados o doctores en Ciencias Políticas.

La Corte Federal y de Casación interpretará y resolverá las dudas a que pudiere dar lugar el Estatuto que tan brevemente extractamos.

La ley búlgara de las personas y de la familia

Como los demás satélites filosoviéticos, Bulgaria «renueva» su Derecho civil según los modelos rusos. En septiembre de 1949 entró en vigor la denominada Ley sobre las Personas y la Familia, técnicamente breve y concisa y políticamente construída sobre los principios del marxismo-leninismo, al decir de los exegetas. También como los otros Estados comunizados, éste declara segregada la materia familiar del Código civil y del Derecho Privado para integrarla entre las de carácter público.

Dedicados los capítulos I y III a las personas físicas y jurídicas, sólo el II se consagra a la familia.

La única forma matrimonial válida es la civil; la edad para contraer es de diecisiete años en la mujer y dieciocho el varón; ambos esposos tienen los mismos derechos y deberes en régimen de igualdad absoluta; ninguno de ellos está obligado a llevar el apellido del otro sin previa declaración solemne; entre las causas de divorcio, cuyo conocimiento compete exclusivamente a los Tribunales civiles, figura la prisión de uno de los cónyuges de un mes a cinco años y el mutuo, "serio e irrevocable" disenso. Los hijos extramatrimoniales gozan de idéntica protección que los legítimos; la autoridad sobre ambos es ejercida conjuntamente por el padre y la madre si son conocidos. Los Tribunales designan defensores de los hijos cuando sus intereses estén en conflicto con los de sus progenitores. El padre y la madre están legalmente autorizados para tener domicilios distintos. Los matrimonios de búlgaros en el extranjero se someten a la regla "locus regit actum".

No puede sorprender a nuestros lectores la gran similitud de la Ley que comentamos con las legislaciones familiares adoptadas por Yugoslavia, Checoslovaquia, etc. El mismo modelo soviético inspira todas ellas, que lo repiten casi sin variantes, y casi también sin intervención alguna del respectivo pensamiento jurídico nacional.

Arturo GALLARDO BURDA

El Código yugoslavo de la familia

Siguiendo las orientaciones marcadas por los arts. 24 y 26 de la Constitución vigente desde 31 de enero de 1946, Yugoslavia promulgó diversas leyes relativas a las relaciones familiares y cuasi-familiares que, al sólo efecto de publicación y sin unidad orgánica, aparecen agrupadas bajo la inexacta denominación de «Código de la Familia», locución ésta que no tiene, pues, otro valor que el de una intelección tácitamente convenida.

Las citadas leyes son: de Matrimonio (3 de abril de 1946), Relaciones paterno-filiales (1 de diciembre de 1947), Adopción (1 de diciembre de 1947), Tutela (1 de abril de 1947) y Registro del estado civil (1 de abril de 1946).

«Sin intentar una completa recensión del nuevo Derecho yugoslavo de Familia, resumimos a continuación algunas de sus notas más características:

I. Ha sido sustraído al ámbito del Derecho privado voluntario, para atribuir a sus normas la coercibilidad específica de las de orden público. Los comentaristas aseguran que ello es consecuencia del abandono por el Estado marxista de la tradicional dicotomía Derecho Privado-Derecho Público. Eisnar ha escrito que «en la sociedad socialista, el Derecho de familia, como materia «sui generis», se ha liberado del Código civil».

II. El matrimonio está atribuido a la competencia exclusiva del Estado. Se celebra—prácticamente sólo se registra—ante el encargado del Registro civil. Incluso se dice que los cónyuges están «inscritos», no casados. Sin embargo, y como simple acto privado, puede celebrarse la correspondiente ceremonia religiosa, posterior a la inscripción civil y sin eficacia legal alguna. Para justificar la introducción del matrimonio civil obligatorio se invocan los precedentes de la Revolución francesa y la práctica legislativa soviética. Se define como «comunidad legal de vida entre el varón y la mujer», abandonando, por igual, según se dice, las fórmulas canónica y liberal burguesa.

La igualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio es absoluta. Ambos tienen idénticos derechos y deberes respecto a los hijos comunes, libertad de ejercicio profesional y de residencia y obligación recíproca de subvenir a las necesidades del otro. El vínculo no determina limitación de capacidad en la mujer.

Los esponsales carecen de relevancia para la nueva legislación familiar y no derivan derecho alguno salvo, en su caso, indemnización por daño moral.

Por primera vez han sido incluidos en las leyes yugoslavas los matrimonios consular y por mandatario. El principio monogámico aceptado por el Código de la familia entra en fricción con el poligámico musulmán subsistente en determinadas Regiones del Estado federal.

La disolución del vínculo puede tener también lugar por declaración judicial de nulidad o divorcio pleno. La simple separación desaparece de la nueva ordenación y los cónyuges que se hallaren en ella, al tiempo de la entrada en vigor del Código, podrán transformarla fácilmente en divorcio. Entre las causas de éste figuran el mutuo disenso, la ausencia de dos años en tiempo de guerra o uno en la paz, y la condena de uno de los cónyuges por delitos contra el pueblo o el Estado. Los llamados Tribunales populares son los únicos competentes para el conocimiento de todos los procedimientos de disolución citados.

El régimen matrimonial legal de bienes es el de separación, aun cuando los cónyuges pueden pactar la comunidad de adquisiciones provenientes del trabajo de cualquiera de ellos, y aún establecer convencionalmente otro sistema.

III. Como se ha dicho, está prohibida la discriminación entre hijos legítimos y naturales a efectos de patria potestad. Todos gozan de idéntica protección paterna hasta la mayor edad que se fija en dieciocho años. La administración de sus bienes está protegida con hipoteca legal sobre bienes de los padres. La patria potestad puede ser suspendida temporal o definitivamente por los Tribunales.

Se autoriza y reglamenta la investigación de la paternidad.

IV. La Ley fundamental sobre la Tutela abandona la distinción entre ésta y la Curatela, existente en el Derecho anterior. Es institución pública. Se ejer-

ce por los Consejos ejecutivos de los Comités del pueblo, quienes designan tutor.

V. También la Adopción se entiende vinculada al nuevo orden público socialista. La competencia en esta materia se sustrae a los Tribunales para confiarla a ciertos órganos político-administrativos. El adoptante debe tener dieciocho años más que el adoptado, y no es preciso que carezca de hijos. El adoptado no puede ser heredero legítimo del adoptante. La extinción de la adopción puede también producirse por resolución del órgano administrativo de vigilancia y por acuerdo entre adoptante y adoptado.

Los propios juristas yugoslavos reconocen que el Código de la Familia recibe sus inspiraciones fundamentales de la legislación soviética paralela. Adúcese también como fuentes ciertas Convenciones internacionales sobre Derecho Privado y aun el sentimiento jurídico del pueblo. En realidad, muchas de las nuevas normas chocan no sólo con ese sentimiento, sino también con los mismos intereses del Estado marxista. De aquí que los propios exegetas titistas empiezan a recomendar a los Tribunales las máximas restricciones en ciertas materias, singularmente en la concesión del divorcio por mutuo disenso.

Arturo GALLARDO RUEDA

II. DICTAMENES

Dictamen sobre validez de partición contenida en testamento

CONSULTA

A. murió dejando testamento, del cual interesa destacar las siguientes cláusulas :

Segunda. «Declaro haber estado casada en únicas nupcias con B. de cuyo matrimonio tengo cuatro hijos, C, D, E y F, habiendo fallecido después de mi finado esposo mi hija G, en estado de casada y sin sucesión. *A mis expresados hijos vivos los instituyo por mis únicos y universales herederos, con derecho de representación en sus respectivos descendientes.*»

Tercera. «Y, haciendo uso de la facultad que me confiere el artículo mil cincuenta y seis del Código civil, y teniendo en cuenta que al fallecimiento de mi marido, por ser todos mis hijos menores de edad no les hice entrega de la herencia paterna, y por no haberla reclamado éstos a su mayoría de edad y emancipación se halla aún ésta intacta, lo mismo que la parte ganancial de la sociedad conyugal; y, siendo mi deseo hacer la liquidación de los bienes que constituyen dicha herencia, ganancial y otros bienes de mi propiedad que poseo por herencia y compra en estado de viuda, entre mis mentados hijos, y al objeto de fraccionar dichos bienes lo menos posible, para evitar su desvaluación, *hago división conjunta de todos, sin tener en cuenta la procedencia de los mismos, que distribuyo en la siguiente forma:*». (Siguen los cupos que la testadora adjudica a cada uno de sus hijos.)

Quinta. «Prohíbo la intervención judicial en mi testamentaria, y si alguno de mis herederos la promoviere, o no se conformare con la participación que dejo hecha de mis bienes y los de mi esposo, por ese mero hecho quedará privado de toda participación en los tercios de libre disposición y mejora, que acrecerá a los sumisos y conformes.»

Séptima. «Como pudiera darse el caso de que alguno de mis herederos no se conformase con la partición que dejo dispuesta por este testamento y reclamare por distribuirles en el mismo los bienes de la herencia de mi finado esposo, si esto ocurriese, nombro contadores partidores y liquidadores, solidarios, a X y a Y, con las facultades inherentes a tal cargo.»

Pocos años después de la muerte de la testadora se presentó demanda para celebrar acto conciliatorio entre E, como demandante, y C, D y F, como demandados, en la que el primero adujo que los cuatro fueron instituidos por su madre únicos y universales herederos *a partes iguales*, con excepción de ciertos legados hechos a favor de C, y F, en el último testamento, donde la testadora hizo la partición de todos sus bienes propios y gananciales, así como de la parte de éstos y propios de su fallecido marido, y que en dicha partición, *además de adjudicarse bienes que no eran propios de la testadora, no se ha guardado la posible igualdad*, pese a la buena voluntad de la testadora, bien porque ésta desconociese los valores de cada uno de los predios, bien por otros motivos, por lo

que se observa en algunos cupos, entre ellos el de E, importante lesión en relación a los demás, por lo que se está en el caso de hacer una nueva partición con arreglo a las formalidades legales.

Celebrado el acto de conciliación sin que se lograra avenencia, el consultante E formula las siguientes preguntas :

Primera.—¿Qué validez tiene la partición de los bienes hecha en el testamento?

Segunda.—¿Qué cauce ha de seguirse, en definitiva, para impugnar con seguridad dicho testamento-partición?

PLANTEAMIENTO

Se trata, pues, de saber con firmeza, en primer lugar, qué valor y alcance tiene el testamento-partición de A y, en segundo lugar, por qué camino ha de impugnarse: dos cuestiones íntimamente relacionadas entre sí, a las que procuraremos dar respuesta a lo largo de este escrito.

Para mayor claridad, estudiaremos en distintos apartados los diversos puntos de vista desde los cuales puede considerarse dicho testamento ineficaz o inoficioso, ya que hay que partir de la base de que se trata de una disposición testamentaria *válida* como tal, es decir, que no es nula por defecto de alguno de los requisitos legales *ad substantiam*. Parece, en efecto, que en nuestro caso se observaron todas las formalidades exigidas para la validez del testamento abierto (artículos 694 y 695 del Código civil).

Por último, analizaremos detenidamente el valor de la cláusula quinta del testamento.

I

INVALIDEZ DE LA PARTICIÓN HECHA POR ÚLTIMA VOLUNTAD DE LA TESTADORA CON BASE EN HABERSE ASIGNADO EN ELLA BIENES AJENOS

«Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la *partición de sus bienes*—dispone el artículo 1.056 del Código civil en su párrafo 1.º—, *se pasará por ella*, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.»

De la frase que hemos subrayado de propósito se desprende ya de forma clara que para que se pase por la partición hecha por el mismo testador, *inter vivos* o *mortis causa*, hace falta que *se trate de bienes propios del testador* («de sus bienes», dice terminantemente el precepto). Y como en nuestro caso la testadora declaró expresamente que, haciendo uso de la facultad que confiere el artículo 1.056 del Código civil, hacia división conjunta de todos los bienes (propios del marido, comunes o gananciales y propios de ella por haberlos adquirido mediante herencia y compra en estado de viuda), sin tener en cuenta la procedencia de los mismos (Testamento, cláusula tercera), es evidente que se excedió usando de un poder o facultad que el Código tan solo concede al testador con relación a *sus* bienes. Por consiguiente, debe tenerse por inválida o ineficaz, según el art. 4.º del Código civil, a cuyo tenor «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez».

Pero, sobre todo, dicha invalidez resulta del hecho de que la testadora, al hacer la partición, incurrió en error de Derecho, creyendo que le estaba permitido proceder como procedió. Ahora bien, según el artículo 1.073 del Código civil, «las particiones pueden rescindirse (1) por las mismas causas que las obligaciones», de donde se desprende que pueden ser privadas de efectos mediante la anulación cuando en ellas intervenga error (art. 1.265 C. c.), ya sea de hecho o de derecho—como entiende la mejor doctrina (2)—, con tal que aquél sea esencial, esto es, que constituya la causa principal o determinante del negocio. Tal ocurre en el supuesto que estamos considerando, pues es manifiesto que la testadora no habría querido hacer la partición como la hizo si hubiera sabido que el artículo 1.056 únicamente le facultaba para partir los bienes de su propiedad.

Atacada la *partición* contenida en el testamento de A por el cauce señalado en este epígrafe, quedaría en pie la *disposición* (3) establecida en la cláusula segunda del mismo testamento, en virtud de la cual la referida señora instituyó como únicos y universales herederos a sus cuatro hijos vivos. Procede, por tanto, hacer nueva partición de los bienes propios de la testadora por partes iguales, ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 765 del Código civil «los herederos instituidos sin designación de partes *heredarán por partes iguales*».

Razonando de este modo tendríamos que, como la suma total de los bienes propios de la testadora asciende a 6.020.000,00 pesetas, cada uno de los herederos deberá percibir bienes concretos por el valor de 1.505.000 pesetas. En cuanto a los bienes propios del marido, valorados en 1.043.000 pesetas, también habrá que dividirlos por partes iguales, entre sus cuatro hijos, como herederos *ab intestato* del mismo, es decir, que cada uno de ellos deberá recibir bienes por valor de 260.750 pesetas. Y por lo que se refiere a los bienes comunes o gananciales, que suman 260.000 pesetas, habrá que proceder a su liquidación y división entre los mismos cuatro hijos, también por partes iguales, como herederos *ab intestato* y testamentarios de uno y otro cónyuge, o sea, que cada uno de los hijos deberá percibir bienes gananciales por valor de 65.000 pesetas.

(1) Justamente observa MARRAFA (*Comentarios al Código civil español*, t. VIII, pág. 216) que «la palabra *rescisión*, en el artículo 1.073, hay que entenderla en un amplio sentido, como sinónima de quedar sin efecto la partición, es decir, como equivalente de ineficacia. Luego las particiones—según la ley—pueden declararse ineficaces por las mismas causas que las obligaciones».

(2) Vid. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, pág. 391; t. II, pág. 609; ARAGÓN PÉREZ, *El error de derecho*, en *Universidad*, vol. X (1985), págs. 1094 y siga., según los cuales el error de derecho es invocable en Derecho español como vicio del consentimiento. Y sobre todo, F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, págs. 529-30, para quien en este punto la novedad más importante del Código civil español es la de no distinguir entre error de hecho y error de derecho al señalar al error como vicio del consentimiento en sus artículos 1.265 y 1.266.

(3) No se olvide que según entienden bastantes autores la interpretación del artículo 1.056 del Código civil tiene por base la distinción entre *disposición* (institución de herederos) y *partición* (asignación de bienes).

II

IRRELEVANCIA DE LA PARTICION TESTAMENTARIA CON RELACION A LOS BIENES AJENOS

Podría también entenderse con algún fundamento que la partición efectuada por la testadora es inoperante tanto con relación a los bienes de su difunto marido como a los bienes comunes o gananciales (4), pero no por lo que se refiere a los bienes propios, en virtud del principio general, vigente en nuestro Derecho, de la irrelevancia de los negocios sobre el patrimonio ajeno respecto al mismo (5). Una aplicación de tal principio se encuentra, para las enajenaciones de derechos reales, en la regla «nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet» (Fr. 54, ULPIANO, lib. XLVI, ad ed., Dig. de diversis regulis iuris antiqui, 50, 17) (6). Y, según opina la doctrina más autorizada, la partición, y más aún si es hecha por el propio testador, tiene naturaleza de acto traslativo (7), es decir, en nuestro caso implica una transmisión del testador al sucesor, por lo que en cuanto se refiere a bienes ajenos debe considerarse irrelevante o ineficaz.

Ni siquiera cabe en el supuesto objeto de nuestro dictamen hacer uso de las disposiciones sobre el legado de cosa ajena—que en realidad no significan una derogación del principio general «nemo das quod non habet», sino más bien su confirmación, pues el legado de cosa ajena tan sólo tiene una eficacia meramente obligatoria, no real (Cfr. arts. 861-864, 866, 875 y 878, Código civil—, porque el fin fundamental del art. 1.056 es hacer herederos y que éstos perciban bienes determinados, asignados por el mismo testador, lo cual no es lo mismo que suceder a título singular en calidad de legatario (8). Aunque se diga que en virtud de dicho artículo se sucede en bienes determinados, a pesar de ello, los así instituidos siguen siendo herederos—no obstante lo dispuesto en el artícu-

(4) En tanto que no se efectúe la liquidación y división de los bienes que forman parte de la sociedad conyugal, pertenecen *proindiviso* a ambos cónyuges, y si uno de ellos ya falleció, al otro conjuntamente con los herederos del premuerto. Mientras dure el estado de indivisión o comunidad no existen bienes propios, pues la titularidad de los mismos *in concreto* es común: cada uno de los comuneros tiene una parte de propiedad en cada cosa. Por tanto, toda disposición de dichos bienes implica una disposición del derecho ajeno.

(5) Vid. JORDANO BAREA, *La teoría de heredero aparente*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo III, fasc. 3 (1950), págs. 711-13; CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padua, 1936, págs. 17 y sigs. y 62 y sigs.

(6) Nuestra jurisprudencia ha reconocido expresamente la vigencia en nuestro Derecho de la regla «nemo dat quod non habet» (SS. T. S. 29 octubre 1915, 26 abril 1916, 7 enero 1926, entre otras).

(7) Vid. CASTAÑ, *op. cit.*, t. IV, págs. 211 y sigs. Apoya la tesis traslativista el artículo 1.068 del Código civil, según el cual «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados». La jurisprudencia se inclina también hacia este criterio. Así, las SS. de 11 junio 1897 y 29 enero 1916, invocando la Ley primera, Título XV, Partida 6.ª, y el artículo 1.068 del Código civil, establecen que la partición constituye un título traslativo de dominio a favor de los herederos.

Las dudas en cuanto a la exactitud del criterio traslativista, que han hecho a algunos autores propugnar un criterio intermedio entre éste y el declarativista—considerando la partición como determinativa o especificativa de derechos—, desaparecen en el caso de la partición practicada por el mismo testador, pues entonces no llega a existir comunidad hereditaria.

(8) ALMADRIDO GARCÍA, *Dos aspectos de la partición hecha por el testador*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. I, fasc. 3 (1948), pág. 460.

lo 660—, porque la ley reconoce ese poder al testador cuando es él quien efectúa la partición y desea que los que suceden en bienes concretos sigan siendo herederos (9). Los únicos legados que existen en el testamento en cuestión son los ordenados en su cláusula cuarta (10), que según el tenor literal versan sobre cosas propias de la testadora.

Hecha esta salvedad respecto de los bienes ajenos, que por lo dicho deben excluirse de la partición testamentaria—siendo caso de proceder a la división de los bienes propios del difunto marido entre sus herederos *ab intestato*, que son sus cuatro hijos, por partes iguales, y de los bienes comunes o gananciales entre los mismos cuatro hijos, también por partes iguales, como herederos *ab intestato* y testamentarios de uno y otro cónyuge, como ya hemos dicho—, resulta que la partición contenida en el testamento de A puede surtir efectos con relación a los bienes de su propiedad. Y entonces para su impugnación habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 1.075 del Código civil, según el cual «la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fué otra la voluntad del testador».

Se plantea, por tanto, un problema de interpretación conjunta de este artículo en conexión con el artículo 1.056, que abordaremos en el epígrafe siguiente.

III

IMPUGNACIÓN DE LA PARTICIÓN TESTAMENTARIA RESPECTO A LOS BIENES PROPIOS POR CAUSA DE LESIÓN EN EL CASO DE QUE DISCREPE DE LA DISPOSICIÓN

Siguiendo las huellas de Sánchez Román, Albaladejo García, después de hacer un estudio detenido de los precedentes históricos y legislativos del artículo 1.075 del Código civil, así como de su interpretación doctrinal y jurisprudencial, llega a la conclusión de que según dicho precepto la partición hecha por el difunto puede ser impugnada por lesión en dos casos: 1.º *En el caso de que perjudique la legítima*. 2.º *En el que discrepe de la disposición* (11).

(9) Así opina ORTEGA PARDO, *Heredero testamentario y heredero forzoso*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. III, fasc. 2 (1960) pág. 336.

Aun en la hipótesis de que fuera cierta la tesis aislada de aquellos autores que en contra de la *communis opinio* sostienen que los que suceden en virtud del artículo 1.056 del Código civil lo hacen a título particular, teniendo la condición de legatarios (así, por ejemplo, VALLER DE GOTTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, I en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. IV, fasc. 2, págs. 421 y sigs., especialmente pág. 531, y II, aun inédito), no habría hacer uso en nuestro caso de las disposiciones sobre legado de cosa ajena para justificar la validez, aunque sólo fuera meramente obligatoria, de las disposiciones del testamento de A, porque en el mismo existe una clara y expresa institución de herederos legítimos con asignación de bienes concretos, hecha en acto particional *mortis causa* por el propio testador (cláusulas segunda y tercera).

(10) «Lego a mis hijos C y F, a partes iguales, los frutos verdes recogidos y pendientes de recolección, ganados y demás animales domésticos de mi propiedad, carnes muertas, muebles de casa, enseres de la misma, ropas de todas clases, aperos de labranza, herramientas y, en fin, todo cuanto exista de puertas adentro de mi casa en donde actualmente habito, así como en los molinos y bodegas.»

(11) *Op. cit.*, págs. 262 y sigs.

Así, el verdadero sentido del artículo 1.056 sería el que señaló la Memoria anual del Tribunal Supremo correspondiente al año 1904, según la cual «el precepto de este artículo no tiene más alcance que el de poder hacer en vida lo que habría que hacer con una herencia después del fallecimiento de la persona de quien procede, bien para economizar este trabajo a los herederos, bien para realizar la adjudicación de los bienes de manera más conforme con la voluntad del testador».

Por tanto, el artículo 1.056 significaría, en primer lugar, que sólo puede partir el que dispone o instituye eficazmente. Significaría además que *la partición vale en tanto valga la disposición*. El que «se pasará por la partición en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos»—habida cuenta de que la partición ha de ajustarse a la disposición—querría decir que, si no es atacable por otras razones ajenas a la cuestión que estamos tratando (por ejemplo, por haber intervenido error de hecho o de derecho esencial, según se dejó escrito en el epígrafe I), *se pasará por ella en cuanto haya que pasar por la disposición que el testador haya realizado*, ya que por ésta hay también que pasar en cuanto respete la legítima. Por ello decía con acierto Sánchez Román (12) que la partición hecha por el testador no tiene en sí misma limitación alguna especial más que la de ajustarse al testamento, pues la que consigna el artículo 1.056 de que no se perjudique con ella la legítima, afecta en realidad a la *disposición* testamentaria y no a la *partición*.

De este modo, cuando el testador, al disponer, viola lo ordenado en el Código sobre la legítima, se concede al titular del derecho violado el poder de atacar la disposición, porque el Código es ley de los testamentos (disposiciones). Y cuando el testador, al partir, viola lo ordenado en el testamento respecto a la institución de herederos, se le concedería al perjudicado el derecho de impugnar la partición, porque el testamento es ley de las particiones. Y eso es precisamente lo que haría el artículo 1.075, al permitir, de un lado, atacar la partición por lesión en la legítima, *en el caso de que la partición se ajuste y concuerde con una disposición lesiva para la legítima* (ya que también es atacable tal disposición por no atenerse a su ley), y de otro, al permitir igualmente atacar la partición que discrepe de la disposición realizada en el testamento.

Fijado así el sentido y alcance del artículo 1.056, el artículo 1.075 respondería a la idea de que el testador en la partición debe respetar la disposición, o, para ser más exactos, respondería a la idea de que al momento de producir sus efectos, disposición y partición deben concordar y llevar ésta a aquélla verdaderamente a la práctica. Y como tratándose de un testamento-partición el momento que importa para juzgar las relaciones entre disposición y partición es aquel en que se produce la delación a favor de los instituidos, resulta que sería atacable la partición aunque concordase con la disposición al momento de redactarla si luego por cualquier causa (por ejemplo, cambio objetivo en el valor de los diferentes bienes) no se ajusta a ella en el momento de la delación.

Ahora bien, no se crea que esta doctrina debe llevarse hasta el extremo de no tolerar ninguna discrepancia por pequeña que sea entre disposición y parti-

(12) *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., t. VI, vol. III, págs. 2122.

ción, porque en aras del principio de la estabilidad de la partición hecha por el testador, que debe respetarse dentro de lo posible, y habida cuenta de la extraordinaria dificultad práctica de medir exactamente y sin lugar a dudas el valor de los distintos elementos de la futura herencia con el fin de que hasta en lo más mínimo fuese la partición un reflejo de lo dispuesto en el mismo testamento, hay razones de peso para considerar que la discordancia no es digna de tenerse en cuenta cuando la lesión que se produce no sobrepasa el límite del cuarto. Así resulta también de la interpretación sistemática del artículo 1.075, pues según el artículo 1.074, incluido en la misma sección del artículo 1.075, las particiones pueden ser rescindidas «por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas» (13). Es decir, jurídicamente no llega a existir discrepancia si el desacuerdo no supera ese límite legal.

Aunque por distinto camino, Albaládejo García llega a la misma conclusión que Sánchez Román sostenía de forma decidida (14). Con él afirma que la partición, hágala o no el testador, no suple al testamento, ni mucho menos se le antepone ni puede sustituirlo cuando, dentro de ciertos límites, no guarda conformidad con las disposiciones de aquél y se ajusta a ellas.

Las consecuencias jurídicas de la impugnación de la partición testamentaria por causa de lesión en más de la cuarta parte, en el caso de que discrepe de la disposición, serían las que señala el artículo 1.077:

«El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición.

La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio.

Si se procede a nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo.»

Conviene tener en cuenta además que, según el artículo 1.076, la acción rescisoria por causa de lesión dura tan sólo cuatro años, contados desde que se hizo la partición, es decir, en nuestro caso, desde que ésta empieza a surtir sus efectos con la delación; y que, a tenor del artículo 1.078, no podrá ejercitar la acción rescisoria por lesión el heredero que hubiere enajenado el todo o parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados.

* * *

Veamos ahora qué aplicación puede tener la doctrina expuesta al supuesto sometido a nuestra consideración.

Apuntábamos ya en el epígrafe I de este dictamen que la disposición o institución consignada en la cláusula segunda del testamento de A, en virtud de la cual la referida señora instituyó por sus únicos y universales herederos a sus cuatro hijos, debía entenderse hecha por partes iguales, aunque así no se diga expresamente, por mandato del artículo 765 del Código civil. Pero no es sólo

(13) Dijimos ya que tratándose de un testamento-partición no hay adjudicación hasta que tiene lugar la delación de la herencia, después de su apertura, por la vocación testamentaria.

(14) *Op. cit.*, págs. 1186 y sigs. y 1234.

eso, sino que lo mismo puede racionalmente presumirse con base en el propio testamento.

En efecto, en la quinta de las cláusulas testamentarias se dice que «si alguno de mis herederos... no se conformare con la partición que dejo hecha de mis bienes y los de mi esposo, por ese mero hecho quedará privado de toda partición en los tercios de libre disposición y mejora que acrecerá a los sumisos y conformes». Dejando a un lado de momento el problema de la validez de esta cláusula, que sólo usaremos a efectos de interpretación de la verdadera voluntad de la testadora, según el artículo 675 del Código civil, resulta de la misma que si *cualquiera de los herederos* puede verse privado de toda participación en los tercios de libre disposición y mejora, es porque, efectivamente, la testadora dispuso de ellos en favor de sus cuatro hijos; lo que dicho con otras palabras quiere decir que éstos heredaron *por partes iguales en todo el caudal hereditario de su madre*, de tal forma que su cuota comprende una cuarta parte del tercio de la legítima (legítima corta o estricta), otra cuarta parte del tercio de mejora (legítima larga) y otra cuarta parte del tercio de libre disposición. Así se explica que la testadora estableciera—no importa ahora con qué alcance—la sanción de la cláusula quinta de su testamento.

Por consiguiente, de acuerdo con todo lo dicho más arriba, para ver si procede la impugnación de la partición testamentaria por lesión en el caso de que discrepe de la disposición (pues ésta sería la «otra voluntad del testador», a que se refiere la última parte del artículo 1.075 del Código civil) (15), hay que partir de la base de que los herederos fueron instituidos por partes iguales, es decir, *en la cuarta parte*.

De esta suerte tenemos que, eliminados los bienes propios del marido y los comunes o gananciales, por las consideraciones que dejamos sentadas en el epígrafe II—y que en definitiva conducen a considerar irrelevante la partición de unos bienes que tienen la cualidad de ajenos—, el caudal hereditario partible asciende, según la valoración aportada por el consultante, a un total de 6.020.000,00 pesetas, cuya cuarta parte importa 1.500.000,00 pesetas. Y como los bienes propiedad de la testadora adjudicados a E suman tan sólo 610.000,00 pesetas, resulta que en la repetida partición testamentaria el consultante sufrió lesión en más de la cuarta parte, que como ya se advirtió sería el tope legal establecido para poder apreciar el perjuicio irrogado por no ajustarse la partición a la disposición.

Así, pues, al consultante le asistiría el derecho de rescindir la partición hecha por la testadora en los términos anteriormente expuestos. Es decir, que si los demandados no optan por indemnizar el daño (895.000,00 pesetas), tendrán que consentir que se proceda a nueva partición. Del mismo modo podría impugnarse la partición D, puesto que apenas recibió de la testadora bienes por valor de 160.000,000 pesetas, sufriendo por tanto lesión en mucho más de la cuarta parte (repárese que a este heredero se le irrogó un perjuicio de 1.345.000,00 pesetas).

En el peor de los casos, si se estimara que la disposición contenida en la

(15) Téngase en cuenta que la voluntad del testador es por antonomasia su voluntad dispositiva. Para mayores desenvolvimientos, vld. ALBUJUEJO GARCÍA, *op. cit.*, págs. 266 y siguientes.

cláusula segunda del testamento no puede interpretarse en el sentido que hemos propugnado de que la voluntad efectiva de la testadora era instituir a sus cuatro hijos *por partes iguales*, y se llegara a la conclusión de que lo que en realidad ella quiso—y refleja su declaración—fué *disponer en la forma en que partió*, todavía habría lugar para impugnar la partición por lesión, puesto que si de la totalidad de los bienes asignados al consultante—valorados en 865.000,00 pesetas—se deducen aquellos que la testadora no pudo partir al amparo del artículo 1.056—valorados en 255.000,00 pesetas—, resulta que sufrió un perjuicio o lesión superior a una cuarta parte. Por tanto, aun en esta hipótesis extrema, le asistiría el derecho—de acuerdo con la tesis que venimos recogiendo a lo largo de este epígrafe—de rescindir la partición hecha por la testadora, procediéndose a una nueva, si los herederos demandados no optan por indemnizar el daño (255.000,00 pesetas). Y lo mismo puede decirse de D, ya que si de la totalidad de los bienes a él asignados, que ascienden a 1.103.000,00 pesetas, se apartan aquellos que la testadora no pudo partir, según el artículo 1.056, que importan 683.000,00 pesetas, se desprende que sufrió un daño muy superior a la cuarta parte. Por ello también le asistiría el derecho de rescindir la partición practicada por la testadora, debiéndose proceder a una nueva, si los herederos demandados no optaran por indemnizarle el daño (683.000,00 pesetas).

IV

IMPUGNACIÓN DE LA PARTICIÓN TESTAMENTARIA RESPECTO DE LOS BIENES PROPIOS
POR CAUSA DE LESIÓN EN EL CASO DE QUE PERJUDIQUE LA LEGÍTIMA

No debemos ocultar que el cauce señalado en el epígrafe anterior no es totalmente seguro, porque se basa en una interpretación del artículo 1.075 del Código civil, que salvo algunas excepciones (ALBALADEJO GARCÍA y, en cierto modo, también SÁNCHEZ ROMÁN), no cuenta con el apoyo del resto de la doctrina (16), y ni siquiera de la más reiterada jurisprudencia.

La mayoría de los autores no entienden la segunda parte del mencionado artículo—«La partición hecha por el difunto... puede ser impugnada por causa de lesión... *en el caso... de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fué otra la voluntad del testador*»—en el sentido propugnado por ALBALADEJO—«La partición hecha por el difunto... puede ser impugnada por causa de lesión... *en el caso... de que aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad dispositiva del testador*», sino en otro mucho más limitado: «La partición hecha por el difunto... puede ser impugnada por causa de lesión... *en el caso... de que aparezca, o racionalmente se presuma, que hubo voluntad del testador de que fuese impugnada por lesión*». Fuera de esta hipótesis, verdaderamente excepcional (17), la partición realizada por el testador—según nues-

(16) Sin embargo, según MENGONI (*La divisione testamentaria*, Milán, 1950, págs. 171 y sigs.), uno de los autores extranjeros que recientemente se ha ocupado con más acierto del problema, la rescisión por lesión en más del cuarto es aplicable a la división del testador entre herederos previamente instituidos.

(17) No obstante, ALBALADEJO GARCÍA hace notar que «siempre que la partición discrepa de la disposición hay lesión, y siempre también que hay lesión es, por lo menos, presumi-

tra doctrina—no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos, a tenor de lo preceptuado en la primera parte del artículo 1.075.

Por su parte, la jurisprudencia entiende que la partición no tiene más límite que el de no perjudicar la legítima, y que mientras que ésta no sufra perjuicio no puede atacarse la partición realizada por el testador. Por tanto, según el Tribunal Supremo, el testador goza de amplia libertad para partir, sin más límite que el de no perjudicar la legítima.

Así las sentencias del Tribunal Supremo de 28 diciembre 1896, 17 mayo 1910, 22 enero 1913, 11 marzo 1922, 8 mayo 1926, 3 diciembre 1931, 7 enero 1942, 6 marzo 1945 y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 marzo 1901, 22 enero 1898 y 15 julio 1943, hacen explícitamente la afirmación de que basta con que la partición hecha por el testador respete la legítima, mientras que en otras sentencias del Tribunal Supremo, como en la de 22 enero 1913, se contiene tal aserto de un modo implícito.

Por su gran interés transcribimos algunos considerandos de la sentencia del 6 de marzo de 1945:

«El Código español no siguió apenas en esta materia las huellas del patrón napoleónico; y así se observa, en primer término, que da a la facultad de división mayor amplitud y flexibilidad que la que tiene en Derecho francés, sin duda para facilitar el logro de las finalidades prácticas de aquélla, tanto en lo que se refiere a los sujetos de la partición (admitiendo que todo testador, tenga o no herederos forzosos, pueda hacer la partición de sus bienes, e incluso que pueda ejercitarse ese derecho, en algunos casos, por vía de delegación, según resulta del artículo 831), como en lo que se refiere al contenido (*otorgando al testador una amplia libertad, no sólo en la composición cualitativa de los lotes, permitida por el artículo 1.056, apartado segundo, sin sujeción a lo que disponen los artículos 1.061 y 1.062, sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte*).

«La facultad que, en casos determinados, tienen los interesados en la partición para impugnarla y pedir su modificación, su nulidad o su rescisión, tiene que ajustarse, como norma procesal, a la de la necesidad de determinar en la demanda la clase de acción que se ejercite, no con fórmulas literales o nomi-

ble racionalmente que el testador quiso que la partición fuera impugnabile por lesión, puesto que toda lesión coincide con el hecho de que la voluntad del testador fué otra, por ejemplo, mantener la igualdad entre los coherederos y, naturalmente, esa voluntad de igualarlos implica necesariamente la concesión del poder de impugnar la partición, como remedio para evitar la desigualdad que proviene de no atribuir, al partir, partes iguales, o de que siendo iguales esas partes al hacer la partición se conviertan después por cualquier razón—por ejemplo, cambio de valor—en desiguales. No es concebible que el que quiere en todo caso, al testar, la igualdad de sus herederos no quiera, a la vez, que si esa igualdad no se guarda no puedan utilizar esos herederos medios—la impugnación de la partición por lesión—para obtenerla (cfr. cit., pág. 950). En nuestro caso, no debe obstar a la aplicación de esta doctrina el hecho de que en la cláusula quinta del testamento se prohíba la intervención judicial en la testamentaria de la causante, porque—como veremos en el lugar oportuno—dicha cláusula no afecta a la impugnabilidad por lesión.

nalistas, pero si con la claridad suficiente para que se la pueda identificar, ya que, según ha tenido ocasión de precisar la jurisprudencia de esta Sala (de modo muy especial, con relación a las acciones de nulidad y de rescisión de las operaciones particionales, en sentencia de 17 de abril de 1943), cada una de aquellas tiene distinto objeto y diferente título o causa, y como norma sustantiva ha de acomodarse a la necesidad de respetar el criterio que preside la ordenación de esta materia en nuestro Código civil, muy restrictiva en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidación de las particiones y favorable a la subsistencia de éstas en cuanto sea posible, como lo demuestran, no sólo los artículos 1.079 y 1.080, aplicables a las particiones en general, sino de un modo especial, para la partición hecha por el propio testador, los artículos 1.056 y 1.075. al prescribir este último que «la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fué otra la voluntad del testador»; y como la Sala sentenciadora, en el caso presente, se ha acomodado a estos principios directivos, no puede prosperar el motivo tercero y último del recurso que, al amparo de los números primero, segundo y tercero del artículo 1.692 de la Ley procesal, señala las infracciones del artículo 359 de la propia Ley y de los artículos 1.073, 1.074 y 1.079 del Código civil, por no haber hecho la sentencia declaración positiva sobre una de las cuestiones planteadas en la litis, cual es la del carácter lesivo de la partición y consiguiente procedencia del remedio rescisorio, olvidando el recurrente al razonar en este sentido: a) que si esa rescisión pretende ser orientada, cual parece hacerlo el recurso, principalmente en el segundo de los tres puntos o apartados numerados en que este motivo está dividido, hacia la lesión anormal, o en más de la cuarta parte, al amparo de los artículos 1.073 y 1.074 del Código, chocará irremisiblemente, no sólo con las limitadas peticiones de la demanda, ya aludidas, sino, sobre todo, con el obstáculo insuperable que el artículo 1.075, como «lex specialis», opone a la aplicación de esos otros invocados artículos 1.073 y 1.074; y b) que si el problema de la rescisión se enfoca hacia la lesión de las legítimas, no cabe motejar de incongruente la sentencia de instancia, aunque se estime planteada en la demanda dicha cuestión, ya que la Sala primero deja implícitamente resuelta, al proclamar como una de las premisas fundamentales de su fallo absolutorio, que el causante, en la distribución que hizo de su patrimonio, no atentó en lo más mínimo al derecho legitimario de sus hijos, afirmación de hecho que el recurso no se cuida de impugnar por la vía adecuada, que sería la del número séptimo del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil».

Así pues, parece prudente señalar las consecuencias que esta interpretación jurisprudencial del artículo 1.075 llevaría aparejada en nuestro caso.

Siguiendo esa dirección, tendríamos que la partición realizada por A no podría ser impugnada por causa de lesión más que en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos.

Veamos si ello es así. El total de la herencia de dicha señora asciende a 6.020.000,00 pesetas. En consecuencia, la legítima estricta de cada heredero importa 501.666,66 pesetas, y como el cupo asignado al consultante tiene el valor de 610.000,00 pesetas, no procedería la impugnación. En cambio, sí podría rescindiría C, pues el cupo a él asignado, cuyo valor es de 160.000,00 pesetas, no

llega a cubrir su legítima estricta, de suerte que tiene el recurso del artículo 1.075 en relación con el 815, o sea la petición del complemento de la legítima, que asciende a 341.666,66 pesetas.

V

VALOR DE LA PROHIBICIÓN DE INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA TESTAMENTARIA
ESTABLECIDA POR LA TESTADORA

Una cláusula importa examinar ahora con detenimiento, y es la que prohíbe la intervención judicial en la testamentaria.

Veamos, en efecto, si la testadora pudo prohibir la intervención judicial, y qué alcance y efectos tendría dicha prohibición.

Según el artículo 1.039 de la ley de Enjuiciamiento civil, los herederos voluntarios y los legatarios de parte alicuota no podrán promover el juicio voluntario de testamentaria cuando el testador lo haya prohibido expresamente, de donde se deduce *a contrario sensu* que los herederos forzosos siempre podrán promover dicho juicio, a pesar de la prohibición expresa del testador. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es unánime en este punto (sentencias de 24 de diciembre de 1895, 8 de febrero de 1892, 1 de diciembre de 1891, 17 de octubre de 1893, 28 de diciembre de 1896 y 22 de noviembre de 1910, entre otras).

Se ve, pues, claramente, que dicha prohibición de intervención judicial es ineficaz. Pero es preciso puntualizar en qué sentido debe entenderse esto.

La ineficacia de la aludida cláusula tiene como consecuencia el que los herederos forzosos pueden en todo caso solicitar la intervención judicial. Pero, ¿con qué fin les consagra la ley esta facultad inviolable? Pues, indudablemente, con objeto de que puedan hacer valer su derecho a la legítima, y no por otro motivo (vid. art. 1.046, párrafo segundo, de la ley de Enjuiciamiento civil, y sentencias de 17 de octubre de 1893 y 8 de mayo de 1926).

Si, pues, el objeto de la ineficacia de la prohibición de la intervención judicial no es otro que asegurar el derecho a la legítima de los herederos forzosos, cabe ahora preguntar qué es lo que ocurre cuando el derecho a la legítima estricta se respeta y únicamente se condiciona la cuota correspondiente al tercio de mejora y al de libre disposición, porque, en realidad, la cláusula quinta del testamento que estamos analizando equivale a una condición que se impone a los herederos de ver reducida su cuota a la legítima estricta si promovieren la intervención judicial.

Es lógico que de lo que no pertenezca a la legítima el testador puede disponer libremente y condicionar su adjudicación a la observancia de determinadas prohibiciones. Sólo la legítima debe otorgarse libre de todo gravamen y condición, pero no el resto del caudal hereditario.

La única circunstancia que se exige para que la prohibición sea válida es la existencia de albaceas o contadores que realicen en su día la partición (vid. artículo 1.045 de la ley de Enjuiciamiento civil y sentencias de 3 de diciembre de 1902 y 24 de noviembre de 1906). Pero en nuestro caso no se advierte la falta de dicho requisito, pues, por el contrario, se cuidó de designar contadores-partidores y liquidadores en la cláusula séptima del testamento. Pudiendo, por tanto, realizar los contadores-partidores la partición extrajudicial, queda en pie la

prohibición del juicio de testamentaria por lo que respecta a la cuota que exceda de la legítima estricta.

De modo claro y rotundo, la sentencia de 8 de julio de 1924 proclama la eficacia de la cláusula prohibitiva de la partición judicial en el sentido indicado.

Por lo tanto, en el supuesto de la consulta, si bien los hijos de la testadora, por ser herederos forzosos conservan siempre el derecho a promover el juicio de testamentaria (resultando en este punto ineficaz la cláusula prohibitiva), perderían, en cambio, su derecho a la parte libre y de mejora en caso de solicitar la intervención judicial, pues en este aspecto la cláusula de referencia produciría efecto, reduciendo a la legítima estricta la cuota del heredero que tal hiciera.

Ahora bien, en nuestro caso, de seguirse cualquiera de los cauces señalados en los epígrafes I y III, en relación con el II, no se trataría de promover un juicio de testamentaria, por la razón fundamental de que éste no procede existiendo como existe una partición, sino de impugnar en el correspondiente juicio declarativo ordinario la partición realizada en uso de las facultades conferidas por el artículo 1.056 del C. c., basándose en causas previstas por la ley. Y esto creemos que en modo alguno pudo prohibirlo la testadora. Entender lo contrario equivaldría a dar eficacia a la prohibición en contra de lo dispuesto por el Código en sus artículos 1.056, 1.073 en relación con el 1.265 y 1.075, entendido del modo que hemos dicho en el epígrafe III. Y sabido es que, según lo estatuido por el artículo 4.º del C. c. «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley».

En realidad, es como si existiera un artículo que, de forma parecida a lo establecido en el 675, párrafo 2.º (18), ordenara que «el testador no puede prohibir que se impugne la partición en los casos en que haya motivo de impugnación declarado por la ley».

Tal ocurre, sin ningún género de duda, cuando la partición hecha por el testador perjudica la legítima de los herederos forzosos, y también, aunque ello sea más o menos discutible, cuando aparece o racionalmente se presume que fué otra la voluntad del testador (cuya «otra voluntad»—otra, respecto de la de la partición—quiere decir que disposición y partición discrepan, produciéndose la consiguiente lesión para algún cosucesor), cuando la partición comprenda bienes ajenos o exista, en fin, algún vicio del consentimiento (como el error de derecho) que determine su nulidad (arts. 1.075, 1.056 y 1.073, en relación con el 1.265 del C. c.).

Después de lo dicho, huelga advertir que, en cualquiera de estos supuestos, es posteriormente a ser declarada nula o rescindible la partición por sentencia del Juez, cuando entraría en juego la prohibición de intervención judicial en la testamentaria, o sea cuando por cualquier motivo hubiera que proceder a nueva partición, según lo que dejamos escrito en los lugares pertinentes. Es entonces, también, cuando entraría en funciones la cláusula séptima que, de cumplirse, evitaría la sanción establecida por la cláusula quinta del testamento.

(15) «El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.»

CONCLUSIONES

Primera. La partición contenida en el testamento de A, no es válida por haberse asignado en ella bienes ajenos. Su impugnación puede prosperar con base en los siguientes fundamentos:

1.º La testadora se excedió usando de un poder o facultad que el Código civil, en su artículo 1.056, tan sólo concede al testador, con relación a sus bienes; luego el acto particional es nulo (art. 4.º Código civil).

2.º La testadora, al hacer la partición, incurrió en error de derecho esencial, vicio que invalida el consentimiento (art. 1.073, en relación con el 1.265).

Anulada la partición, debe procederse a nueva partición de los bienes propios de la testadora, a partes iguales, por imperio del artículo 765 C. c. y porque así se desprende del mismo testamento, interpretado de acuerdo con lo establecido en el artículo 675, párrafo 1.º, del Código civil. Procede, igualmente, la división de los bienes propios del difunto marido entre sus herederos *ab intestato*, que son sus cuatro hijos, por partes iguales, y de los bienes comunes o gananciales, previa la oportuna liquidación de la sociedad conyugal, entre los mismos cuatro hijos, también por partes iguales, como herederos *ab intestato* y testamentarios de uno y otro cónyuge.

Segunda. Puede también sostenerse con fundamento que la partición efectuada por la testadora es irrelevante o ineficaz, con relación a los bienes ajenos (propios del marido y comunes o gananciales), pero no respecto de los bienes propios.

De esta suerte, se procedería a la división de los primeros en la misma forma establecida en la primera conclusión, pudiéndose entonces impugnar la partición de los segundos por el cauce señalado en las conclusiones siguientes.

Tercera. La partición testamentaria de A es impugnabile por causa de lesión en más de la cuarta parte, al amparo del artículo 1.075 C. c., porque discrepa de la disposición, tanto si se entiende que ésta consistió en instituir herederos a sus hijos por partes iguales, como si se estimara que la testadora dispuso en la forma en que partió.

Están facultados para realizar esta impugnación, tanto el consultante como su hermano D, en los términos y con las consecuencias que se señalaron oportunamente.

Cuarta. El cauce señalado en la conclusión anterior no es seguro por no contar con el apoyo de la mayor parte de nuestra doctrina, ni de la más reiterada jurisprudencia.

De acuerdo con la interpretación jurisprudencial, resulta que el consultante no puede impugnar la partición por causa de lesión, ya que aquella no perjudica su legítima; en cambio, sí lo puede hacer su hermano y coheredero D, en los términos y con las consecuencias que se indicaron en su lugar. Por ello, y también por lo dicho en la conclusión anterior, es de aconsejar que el consultante haga causa común con él, procediéndose en ese caso a realizar nuevo acto de conciliación, lo cual permitiría, además, actualizar la pretensión aducida en el mismo con las conclusiones a que hemos llegado en nuestro dictamen.

Quinta. Convendrá articular las peticiones del modo siguiente: Como petición principal, la de nulidad de la partición, es decir, la que tiene como contenido la conclusión primera; y como peticiones subsidiarias, en primer lugar, la de rescisión de la partición en cuanto a los bienes propios de la testadora por causa de lesión en más de la cuarta parte, es decir, la recogida en la conclusión tercera, y en segundo, la de impugnación de la partición por perjuicio de la legítima de los herederos forzosos al amparo del artículo 1.075, en relación con el 815, del Código civil (*actio ad supplendam legitimam*), es decir, la recogida en la conclusión cuarta. Más claramente: el suplico de la demanda tendrá, por tanto, una petición principal y dos subsidiarias, escalonadas a su vez entre sí: en el supuesto de que no fuera estimada la petición principal, entraría en juego la petición subsidiaria primera, y para el caso de que tampoco ésta fuera estimada, entraría en juego la petición subsidiaria segunda, que es incontrovertible referida a D.

Sexta. La prohibición de intervención judicial en la testamentaria, establecida por la testadora, no alcanza a sus herederos por tener la cualidad de herederos forzosos; pero, instado el juicio de testamentaria, sufrirán la sanción conminada, a no ser que no se haya respetado su derecho a la legítima estricta.

Ahora bien, la prohibición de intervención judicial mediante juicio de testamentaria y la sanción que su infracción lleva aparejada, no comprende la impugnación en el correspondiente juicio declarativo ordinario de la partición realizada en uso de las facultades conferidas por el artículo 1.056, basándose en causas previstas por la ley, porque la testadora no pudo prohibir que se impugnara la partición en los casos en que haya motivo de impugnación *ex lege*.

Declarada nula o rescindible la partición por sentencia del juez, entraría en juego la prohibición de intervención judicial en la testamentaria, cuando por cualquier motivo hubiere que proceder a nueva partición, y es entonces también cuando funcionaría la cláusula séptima, que, en caso de cumplirse, evitaría la sanción de la cláusula quinta del testamento.

Tal es mi parecer, que con gusto someto a otro mejor fundado.

Doctor Juan B. JORDANO
Abogado.

III. NOTAS CRITICAS

La evolución de la jurisprudencia francesa en materia de responsabilidad por daños causados por las cosas (artículo 1.384, apartado 1.º del Código civil)

D. TALLON

Asistente y encargado de prácticas en la Facultad de Derecho de París

La responsabilidad por los daños que causan las cosas que están bajo la propia custodia constituye una de las creaciones de la jurisprudencia francesa más dignas de atención. Hasta el final del siglo último, los Tribunales solamente conocían la responsabilidad por culpa probada del art. 1.383 del C. c., y aplicaban restrictivamente las responsabilidades por culpa presunta de los artículos 1.384, 1.385 y 1.386. En dicha época, movido del deseo de proteger al obrero frente a los daños causados por las máquinas, el Tribunal de Casación «descubre» el primer apartado del art. 1.384, según el cual «se es responsable, no solamente del daño que causa uno mismo, sino también del que es causado por un hecho de las personas de las cuales se debe responder, o de las cosas que se tienen bajo la propia custodia». Los redactores y los comentaristas de este texto habían visto en él solamente una introducción a las disposiciones que le siguen: responsabilidad de los padres por hechos de sus hijos menores; de los amos y comitentes por hechos de sus criados y dependientes; de los maestros y artesanos por hechos de los alumnos y aprendices (art. 1.384, ap. 2 a 5); responsabilidad por hechos de los animales que se tienen bajo la propia custodia (artículo 1.385); responsabilidad del propietario por los daños causados por la ruina de sus edificios (art. 1.386). El Tribunal de Casación toma el primer apartado del art. 1.384 y hace de él el fundamento de una teoría general de la responsabilidad por daños causados por las cosas; desde ese momento se responde, no sólo de los daños ocasionados por animales y edificios, sino también de los daños originados por cualquier cosa cuya custodia se tiene. Según la expresión de M. Savatier, una disposición legal sin virtualidad propia ha sido «fecundada» por la jurisprudencia, y se llega al extremo de que amenaza con absorber todo el Derecho de la responsabilidad (R. Savatier. *Traité de la Resp.*, 2.ª ed., t. I. número 326).

El 16 de junio de 1896, la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación reconoce por vez primera este considerable alcance al art. 1.384, ap. 1.º, declarando responsable a un patrono, independientemente de toda culpa, por el accidente que causa a un obrero la explosión de una caldera (Civ., 16 junio 1896. D. 97. I. 433. nota de Saleilles; S. 97. I. 27. nota de A. Esmein). Aunque los accidentes del trabajo fueron objeto dos años más tarde de una reglamentación especial, los Tribunales continuaron admitiendo en otras hipótesis la responsabilidad fuera de toda culpa probada. La aparición y la difusión del automóvil ampliaron grandemente el ámbito de aplicación del texto legal y multiplicaron las dificultades jurídicas.

Una célebre sentencia de las Salas reunidas del Tribunal de Casación pare-

ció resolverlas todas, la dictada en el caso Jean d'Heur (Salas Reun, 13 febrero 1930, D. P. 30. 1. 57, nota de Ripert; S. 30. 1. 121, nota de P. Esmein). Ante todo, la sentencia rechaza toda limitación derivada de la naturaleza de la cosa que causó el daño: la responsabilidad existe independientemente de que la cosa presente o no peculiares peligros; y de que esté o no bajo el control directo del hombre. Pero, sobre todo, en el caso de Jean d'Heur se precisa que el artículo 1.384, ap. 1.º, funda la responsabilidad, no sobre una «presunción de culpa», como decía la jurisprudencia anterior, sino sobre una «presunción de responsabilidad». El significado de esta expresión, utilizada todavía por la jurisprudencia, se sigue discutiendo; pero, sin embargo, las consecuencias de este cambio de terminología son claras: es imposible eximirse de responsabilidad probando que no se incurrió en culpa. Únicamente quedará liberada la persona responsable probando que el daño no procede de la cosa: que procede de una «causa exterior».

Por importante que pareciera en su época el caso Jean d'Heur, constituye solamente una etapa en la evolución jurisprudencial. En efecto, es propio de la tradición del Tribunal de Casación evitar las fórmulas demasiado tajantes, con objeto de reservarse la posibilidad de hacer más flexibles, de modificar o de completar las soluciones primeramente dadas. Por ello, no resulta sorprendente observar que cuando ha tenido que pronunciarse sobre puntos nuevos o precisar su posición sobre problemas ya examinados, ha intentado delimitar de manera más estricta el campo de aplicación de un texto legal que se muestra demasiado absorbente. Este esfuerzo se aprecia muy especialmente en las decisiones posteriores a 1938. Se manifiesta sobre todo en tres direcciones: la definición del *guardián de la cosa*, la determinación del *hecho* por el que se responde, la extensión de las causas de exoneración de la responsabilidad.

1

LA DEFINICION DE «GUARDIAN DE LA COSA» («GARDIEN DE LA CHOSE»)

En la mayor parte de los casos, es fácil determinar qué persona tiene la custodia de la cosa que causó el daño, al ejercer el poder de hecho sobre ella su propietario o quien tiene su tenencia legal, como un prestatario o un usufructuario. Sin embargo, se han presentado hipótesis en las que los Tribunales han tenido que decidir entre el sistema de la custodia jurídica (*garde juridique*) y el sistema de la custodia material (*garde matérielle*). Expresándolo de otra manera: ha sido necesario determinar si la transmisión de la custodia se efectúa por el cambio material de detentador o si dicha transmisión requiere un acto jurídico que confiera legalmente un derecho sobre la cosa.

El problema es importante en la práctica, porque determina la solución del caso que plantea el accidente causado por un automóvil robado. Si se admite el sistema de la custodia jurídica, es preciso admitir que el propietario del automóvil la ha conservado, y debe reparar el daño causado a la víctima; en efecto, el poder del ladrón sobre la cosa no se funda en un derecho adquirido le-

galmente, y debe ser ignorado. Esta fué la solución que primeramente adoptó la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación (Civ. 24 noviembre 1941, D. C. 43. j. 2, nota de F. G.; J. C. P. 43. II. 2.103, nota de Saint-Alary). Por el contrario, si se admite el sistema de la custodia material, se debe estimar que el ladrón, que ha adquirido un poder de hecho sobre la cosa, se ha convertido en su guardián. Esta concepción era la de la mayoría de los Tribunales de apelación, y en la muy importante sentencia dictada en el caso Franck, el Tribunal de Casación, en una decisión de sus Salas reunidas, se ha adherido a ella el 2 de diciembre de 1942 (Salas Reun., 2 diciembre 1941, D. C. 42, j. 25, nota de Ripert; S. 42. I. 217, nota de H. Mazeaud). Examinaremos, ante todo, el alcance y las consecuencias del caso Franck, y veremos a continuación en qué sentido ha evolucionado la jurisprudencia.

1.º *El caso Franck y sus consecuencias.*

La sentencia en el caso Franck da de la custodia solamente una definición en cierto modo negativa, estableciendo que si el propietario del automóvil robado no la conserva, es porque fué «privado del uso, de la dirección y del control del vehículo». Por lo tanto, la única cuestión expresamente resuelta es la determinación de la persona responsable cuando un tercero se apodera de la cosa sin la voluntad de quien tiene su custodia. Por otra parte, el Tribunal de casación ha resuelto en el mismo sentido el caso de un patrono cuyo empleado se había apoderado del vehículo sin autorización (Civ. 17 abril 1947 J. C. P. 47. II. 3.642). La sentencia de 1942 condena sin ningún género de duda la teoría de la custodia jurídica.

Este cambio de jurisprudencia no priva de valor a las soluciones anteriormente dadas, ya que lo más frecuentemente custodia jurídica y custodia material coinciden. Sin embargo, el Tribunal de casación ha debido modificar sus fórmulas, con objeto de adaptarlas a su nueva definición.

Así, el Tribunal de Casación ha tenido dos veces la ocasión de examinar la combinación de la responsabilidad por el hecho de las cosas y de la responsabilidad por hecho de los dependientes: en 1936 (caso Errera) y en 1948 (caso Cauvin). Ha resuelto los dos casos en el mismo sentido, decidiendo que el dependiente, por lo menos cuando obra en ejercicio de sus funciones, no puede considerarse como guardián de una cosa que pertenece a su principal. Pero en 1936, por aplicación de la teoría de la custodia jurídica, podía señalarse que el dependiente no tenía ningún derecho propio respecto a la dirección de la cosa (Civ. 30 diciembre 1936, D. P. 37. I. 5, nota de Savatier; S. 37. I. 137, nota de H. Mazeaud). Por el contrario, en 1948 la Sala de lo Civil puede afirmar que «la relación entre el principal y el dependiente implica un vínculo de subordinación y de dependencia incompatible con los poderes de uso, de control y de dirección que constituyen la custodia» (Civ. 26 enero 1948, D. 48, j. 485, nota de Ripert; J. C. P. 48. II. 4.312 bis, nota de Rodiere). El principal, que tiene la facultad de dar órdenes a su dependiente, conserva de hecho el poder de dirección sobre la cosa.

El Tribunal de Casación resuelve además de la misma manera el problema de la acumulación de la responsabilidad por hecho de las cosas y de la responsabilidad de los padres por hechos de sus hijos menores de edad: un niño

no puede tener la custodia de una cosa, en razón de las obligaciones de vigilancia y de dirección que incumben a los padres. El Tribunal de Casación establece, sin embargo, una reserva: los padres serán reputados ser los guardianes de la cosa, «salvo circunstancias particulares» (Civ. 15 junio 1948, D. 48. j. 485, nota de Ripert). La solución es, por lo tanto, menos neta.

En definitiva, el caso Franck ha servido para precisar, y también para restringir, la noción fundamental de custodia, separándola del derecho sobre la cosa. Le faltaba a la jurisprudencia concretar la nueva fórmula.

2.º La evolución de la jurisprudencia después del caso Franck.

La jurisprudencia no tardó en transformar la definición «negativa» del caso Franck en una fórmula positiva, que reaparece a lo largo de toda una serie de decisiones dictadas principalmente con ocasión de accidentes causados por automóviles prestados. «La presunción de responsabilidad que establece el artículo 1.384, ap. 1.º, para el guardián de la cosa inanimada—declara actualmente el Tribunal de Casación—está fundada en la obligación de custodia, correlativa a los poderes de dirección, de control y de uso que caracterizan al guardián» (Civ. 24 noviembre 1941, D. C. 43. j. 2, nota de M. G.; Req. 20 marzo de 1944, S. 45. 1. 46; Civ. 5 julio 1948, J. C. P. 48. II. 4595, nota de Cavarroc.)

Sin embargo, los tres elementos constitutivos de la custodia no están situados, en la práctica, en el mismo plano, y ciertas sentencias parecen indicar que la noción de control ocupa el primer lugar; en este sentido, se ha resuelto que un automóvil ocupado por su propietario y conducido por un chófer facilitado por un garagista estaba bajo la custodia del garagista por mediación de su dependiente (Civ. 3 de noviembre de 1942, D. 47. j. 145, nota de Tunc). Ahora bien, en este caso, el propietario del vehículo tenía ciertamente su uso, y sin duda la dirección; solamente le faltaba el control. Con todo, había perdido la custodia, decide el Tribunal de Casación. Habría sucedido lo contrario solamente si hubiese conservado una vigilancia efectiva del control de la cosa; así, el propietario que cede momentáneamente el volante de su automóvil a un amigo, pero permanece a su lado, conserva la custodia (Req. 22 junio 1943, D. 47. j. 145, nota de Tunc).

La sentencia de 3 de noviembre de 1942 ha suscitado la crítica de la doctrina (véase especialmente la nota de Tunc primeramente citada). No sólo la solución que adopta es poco satisfactoria desde el punto de vista de la equidad, sino que da a la noción de control un significado estrecho y técnico que parece contrario a la línea general de la jurisprudencia, la cual vincula la custodia a un poder de control sobre la utilización de la cosa, poder de «alta dirección».

Estas dudas de la jurisprudencia derivan, sin duda, de que los tribunales nunca ven en la custodia de una cosa sino una custodia general; no se hace distinción alguna entre custodia técnica de la cosa y custodia de la utilización de dicha cosa. La doctrina tiende, sin embargo, a hacer tal distinción (vid. H. Mazeaud, crónica de jurisprudencia en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1948, pág. 21, y las referencias citadas), y ciertas jurisdicciones inferiores la han aplicado alguna vez (Trib. civ., Périgueux, 26 noviembre 1947, G. P. 48. 1. 130); se puede incluso apreciar un rastro de ella en una sentencia de casación, en la que se mencionan

como diferentes la custodia del automóvil y la custodia de sus órganos (Req. 20 abril 1945, S. 45. 1. 46). Se puede ver aquí un indicio del sentido de la evolución futura, una nueva señal del esfuerzo jurisprudencial para definir de manera más estricta las condiciones de la responsabilidad por hecho de las cosas.

II

EL HECHO DETERMINANTE DE LA RESPONSABILIDAD

(«FAIT DE LA CHOSE»)

Volvemos a encontrar este esfuerzo, aún más señalado, en las decisiones que precisan qué intervención debe haber correspondido a la cosa en la realización del daño.

El caso Jean d'Heur pareció eliminar todo límite en cuanto al hecho determinante de la responsabilidad; toda cosa que contribuye a la realización de un daño determina la responsabilidad de quien tiene su custodia. Pero una sentencia reciente del Tribunal de Casación señala una reacción: se trataba de un golpe dado con ayuda de una barra de hierro, y la víctima pretendía invocar la presunción del art. 1.384, ap. 1.º, para obtener la reparación del daño, con objeto de eludir la prescripción de la acción penal. La Sala de *Requêtes*, en una resolución del 16 de agosto de 1945 (J. C. P. 46. II. 3.178, nota de Houin) se ha negado a aplicar dicho artículo. «puesto que el daño había sido causado por un hecho personal del demandado, y no por el hecho de una cosa de la que tuviera la custodia y que fuera un mero instrumento entre sus manos». Así se encuentran descartadas del ámbito del art. 1.384, ap. 1.º, las cosas que son un mero instrumento en la mano del hombre; en este caso no hay propiamente un hecho de la cosa, sino un acto del hombre. Por lo tanto, solamente puede hablarse de hecho de la cosa respecto de las cosas que no obedecen a la mano del hombre, y de las cosas «que obedecen directamente al hombre, pero poniendo a su servicio un dinamismo propio» (la expresión es de M. Savatier, *Traité de la Resp.*, núm. 347); por ejemplo, los automoviles.

La intervención de la cosa en la realización del daño admite varios grados, y la jurisprudencia reciente ha intentado analizar de manera más rigurosa las consecuencias de tal intervención. Una nueva fórmula ha aparecido en una sentencia de 16 de enero de 1940 de la Sala de lo Civil: «para la aplicación del artículo 1.384, apartado 1.º, la cosa inculpada debe ser la causa del daño; pero una vez que su intervención en la realización del accidente ha sido establecida, se presume que constituye la causa generatriz de éste». (Civ. 16 enero 1940, S. 40. 1. 97, nota de H. Mazeaud.) Esta fórmula ha dado lugar a múltiples decisiones que merecen ser estudiadas.

1.º) Es preciso, en primer lugar, que *la cosa haya participado en la realización del daño*; éste es el requisito básico. Sobre este punto la jurisprudencia se muestra bastante liberal: no exige que haya existido un contacto material entre la cosa y el objeto del daño, a pesar de la posición contraria de una parte de la doctrina (Esmein, nota S. 41. 1. 201; Savatier, crónica de jurisprudencia en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1941, pág. 82; comp., sin embargo, H. Mazeaud, en la misma revista, pág. 277). Así, el automovilista que, irrumpiendo bruscamente de un camino, obliga a un ciclista a efectuar una maniobra que le

hace perder el equilibrio, responde de las heridas que se haga el ciclista al caer, aunque el automóvil no le haya alcanzado (Civ. 22 enero 1940, D. C. 40. j. 101, nota de Savatier; Civ. 22 junio 1942, D. C. 44. j. 16; Civ. 20 mayo 1944, D. A. 44. j. 105; Req. 19 junio 1945, S. 45. 1. 114).

Pesa sobre la víctima la carga de la prueba de la participación de la cosa en el daño (Civ. 18 julio 1939, S. 40.1.97, nota de H. Mazeaud; Req. 19 junio 1945, antes citada). Esta prueba resulta a menudo difícil de aportar, como lo demuestra un caso reciente: en una partida de caza, dos cazadores tiran sobre el mismo blanco, y un niño que se encontraba en las cercanías es herido por un perdigón. El Tribunal de apelación de Orleans se vió obligado a desestimar la demanda de indemnización, al no poderse probar de qué fusil salió el perdigón causante del daño (Orleans, 17 enero 1949, D. 49. j. 502, nota de Ripert; comentario de H. Mazeaud, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 50, pág. 60).

2.º) Pero desde que la prueba de una intervención cualquiera de la cosa en el daño ha sido aportada, *se presume que la cosa ha sido la causa generatriz* de éste; basta que la cosa haya participado en el daño para que sea considerada como habéndolo ocasionado en su totalidad por sí sola. Esta presunción de causalidad, enunciada por primera vez por el Tribunal de Casación el 16 de junio de 1940 (S. 40.1.97, nota de H. Mazeaud), ha recibido una aplicación reciente que muestra bien su alcance. Una persona que atraviesa una calle es derribada por un automóvil que no se detiene y que no puede ser identificado posteriormente; un segundo automóvil que acaba de ser dejado atrás por el primero arrolla el cuerpo de la víctima, que muere como consecuencia de sus heridas. Los herederos de la víctima demandan a los conductores del segundo automóvil, y el Tribunal de apelación no acoge su petición, fundándose en que no aportaron la prueba del nexo de causalidad entre el hecho de la cosa y el daño. El Tribunal de Casación revoca la sentencia impugnada, basándose en que la cosa intervino en el daño (en efecto, no se había discutido el hecho de que el segundo automóvil pasara sobre la víctima), y que debe ser considerada como habiendo causado la muerte por sí sola. Recaía por lo tanto en el automovilista la carga de la prueba de que su cosa no había tenido influencia en el daño, lo que en el caso era imposible, dado que la víctima no había sido muerta instantáneamente por el primer automóvil (Civ. 15 noviembre 1949, J. C. P. 50. 11. 5296, nota de Esmein).

Esta presunción no es, en efecto, una presunción *iuris et de iure*, y el guardián puede demostrar que la cosa, aunque intervino en el daño, no es la causa generatriz de éste, con lo que queda excluida su responsabilidad.

3.º) ¿Cómo se hará en la práctica tal *prueba en contrario*? Esta cuestión ha suscitado múltiples dificultades.

Según una primera opinión, sostenida a veces por los Tribunales, bastaría probar que la cosa permaneció inerte en el momento del accidente. Esta distinción entre cosa inerte y cosa en movimiento ha sido, sin embargo, condenada formalmente por el Tribunal de Casación. Así, el peatón que tropieza en una silla plegable colocada en el suelo en la terraza de un café, y que resulta lesionado, puede reclamar la reparación del daño al dueño del café; la silla, aunque inerte, es sin embargo la causa generatriz del daño (Civ. 24 enero 1941, D. C. 41. j. 85, nota de Flour; S. 41.1.201, nota de Esmein; comp. igualmente Civ. 21 enero 1941, 19 febrero 1941 y 8 abril 1941, S. 41.1.49, nota de F. M.; Civ. 5 mar-

zo 1947, J. C. P. 47. II. 3600, nota de R. C.; la nota de Houin, S. 41.1.89, y; para una crítica de esta jurisprudencia, la nota de Savatier, D. 45. j. 317). A la inversa, una cosa en movimiento puede haber desempeñado un papel meramente pasivo en la realización del daño (Civ. 26 marzo 1941, S. 41.1.85, nota de Houin).

Queda, sin embargo, por determinar en qué condiciones una cosa, inerte o no, desempeña un papel pasivo. Desde hace unos diez años, la jurisprudencia encuentra un criterio en la posición normal de la cosa. Así, la escalera en la que una persona cae habrá desempeñado un papel meramente pasivo si estaba normalmente dispuesta (Civ. 18 julio 1939, antes citada); la silla del café, por el contrario, desempeñó una intervención activa en el caso mencionado precedentemente, porque se encontraba en una situación anormal (comp. igualmente, para una tubería a gran temperatura, Civ. 19 febrero 1941, S. 41.1.89, nota de Houin; para un enlosado, Civ. 28 julio 1941, D. A. 41. j. 236; para una toma de agua, Req. 3 febrero 1942, J. C. P. 42. II. 207, nota de Rodière). Y la jurisprudencia aplica este criterio a las colisiones de vehículos: el ciclista que en un cruce se arroja sobre un camión no puede reclamar al guardián de éste la reparación del daño sufrido, si el camión circulaba por la derecha de la carretera (Civ. 26 marzo 1941, antes cit.; Civ. 23 enero 1945, D. 45. j. 317, nota de Savatier; S. 46.1.57, nota de Hébraud). Esta jurisprudencia parece confirmarse y extenderse a toda clase de hipótesis (Civ. 5 marzo 1947, J. C. P., 47. II. 3600, nota de Cavarroc; Civ. 29 abril 1949, G. P. 49.2.150; Civ. 26 octubre 1949, G. P. 50.1.79), a pesar de la opinión bastante poco favorable de la doctrina (véanse las notas antes citadas). El examen de tales críticas no cae dentro del objeto de este análisis de jurisprudencia, pero, sin embargo, puede hacerse notar el retorno a la idea de culpa que se manifiesta a través de la noción de normalidad. En efecto, cabe preguntarse si averiguar si la cosa ocupaba una situación normal no equivale, en definitiva, a apreciar la conducta de su guardián, y si el hecho pasivo no se corresponde con la no existencia de culpa. Algunas diferencias subsisten, sin embargo, especialmente en la apreciación de la culpa (véase sobre este punto la nota de Hébraud antes citada); pero es fácil el deslizamiento: así, cuando a un cazador se le libera de la responsabilidad de un accidente debido a un rebote, porque el disparo aparecía como «un acto normal de caza» (Civ. 9 diciembre 1940, S. 40.1.133), en realidad se excluye la responsabilidad del guardián mediante la prueba de la no existencia de culpa. De esta manera se ve atacado el principio del caso Jean d'Heur, que excluía de las causas de exoneración del guardián la prueba de la no existencia de culpa.

Sin embargo, es preciso hacer notar que esta nueva dirección no ha hecho desaparecer la dirección tradicional, que limitaba las causas de exclusión de la responsabilidad al caso fortuito o de fuerza mayor, y a la causa exterior no imputable al guardián. Vamos a examinar a continuación la persistencia de esta jurisprudencia tradicional.

III

LAS CAUSAS DE EXONERACION

La presunción de responsabilidad del artículo 1.364, apartado 1.º, es absoluta; solamente desaparece cuando no existe nexo de causalidad entre el hecho de la cosa y el daño: la cosa no ha intervenido efectivamente en el daño; su parti-

cipación ha sido tan sólo meramente aparente. Se trata, ya de un caso fortuito o de fuerza mayor, ya de culpa de la víctima, ya de la intervención de un tercero.

1.º) *Caso fortuito o de fuerza mayor.*

Esta causa general de exoneración reviste un carácter muy peculiar en materia de responsabilidad por los daños que causan las cosas: el *casus* ha de ser exterior a la cosa. Ya afirmado en 1933 (Req. 2 mayo 1933, G. P. 33.1.1039), este principio ha sido consagrado por dos resoluciones recientes en los siguientes términos: «el vicio inherente a la cosa que ha cometido el daño no constituye, respecto del guardián de ésta, un caso fortuito o de fuerza mayor, el cual implica un hecho o una circunstancia exterior a la cosa»; así, un accidente debido a rotura de la dirección o de los frenos debe ser imputado al guardián del automóvil (Civ. 11 marzo 1940, G. P. 40.2.15; Req. 22 enero 1945, S. 45.1.57). Sobre este punto, puede decirse que el guardián garantiza los riesgos inherentes a la cosa, por irreprochable que sea su conducta. Pero cuando el hecho es exterior a la cosa, la teoría de la culpa vuelve a imponerse indirectamente. En efecto, solamente constituyen caso fortuito las circunstancias que no pueden ser previstas ni evitadas; pero estos dos caracteres, esencialmente relativos, conducen a apreciar la conducta del guardián: si no ha cometido ninguna culpa, se reputará que el hecho exterior fué la causa única del daño, y quedará excluida la responsabilidad. Así, el conductor de un automóvil no responde de la rotura de una vitrina causada por guijarros proyectados por los neumáticos, siempre que quede en claro que «normalmente no había podido ver» dichos guijarros (Civ. 6 octubre 1941, S. 42.1.113, nota de Chartrou). Volvemos a encontrar aquí, aplicado el guardián, el criterio de la normalidad. La no imputabilidad del caso fortuito al guardián se confunde, por lo tanto, con la imprevisibilidad y con la ausencia de culpa (véase sobre este punto, Tunc, *Force majeure et absence de faute en matière délictuelle*, en la *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1946, pág. 171 y siguientes).

2.º) *La culpa ajena (de la víctima o de un tercero).*

La culpa de la víctima o de un tercero constituye una causa de exclusión de la responsabilidad solamente si fué única causa del daño, es decir, si el guardián no pudo ni preverla ni evitar las consecuencias. El Tribunal de Casación lo ha afirmado en 1934, para la culpa de la víctima (Req. 13 abril 1934, S. 34.1.313, nota H. Mazeaud), y en 1936 para el hecho de tercero (Civ. 1 diciembre 1936, S. 37.1.361). Estos casos se asimilan, por lo tanto, a los de fuerza mayor, y el guardián deberá probar, si quiere quedar libre de responsabilidad, que no existió culpa por su parte (Req. 22 febrero 1939, G. P. 39.1.764; Req. 27 diciembre 1943, S. 44.1.87).

La culpa de la víctima no basta, por consiguiente, para excluir la aplicación del art. 1.384, apartado 1.º; es preciso para ello que se manifieste como un caso de fuerza mayor. ¿Pero habrá de soportar el guardián todo el peso de la reparación? El Tribunal de Casación resuelve en esta hipótesis que el daño será repartido, y que en el guardián solamente recaerá parte de él. Así, el peatón que circula fuera de la acera en una calle de mucho movimiento incurre en

culpa por imprudencia; pero esta imprudencia no tiene un carácter irresistible e imprevisible desde el punto de vista del automovilista; por lo tanto, éste no puede ser completamente liberado de las consecuencias dañosas del accidente que causa al peatón, pero tampoco está obligado a reparar más que una parte del perjuicio. (Civ. 27 octubre 1938, J. C. P., 49. II. 4793, nota de Farnheim). Es preciso, por otra parte, señalar que el Tribunal de Casación no precisa sobre qué base ha de hacerse la distribución de la responsabilidad. Subsiste, por lo tanto, cierta incertidumbre respecto a esta combinación del art. 1.384, apartado 1.º, y del art. 1.382; parece, sin embargo, que el juez del fondo procederá mediante comparación entre el comportamiento respectivo del guardián y de la víctima (o del tercero).

En definitiva, la apreciación de las causas de irresponsabilidad por los Tribunales está marcada por cierto empirismo: apreciación del carácter irresistible e imprevisible del caso fortuito o de la culpa ajena, apreciación del comportamiento respectivo de las personas que intervinieron en el hecho, para determinar la distribución de la responsabilidad. Este empirismo se halla muy alejado del rigor matemático que debería presentar una teoría de la responsabilidad por daños causados por las cosas basadas exclusivamente en el riesgo creado. En cambio, no es posible ligar a una teoría fundada en una presunción de culpa la garantía debida por el guardián cuando el daño es originado por un vicio inherente a la cosa, o cuando la causa del accidente permanece ignorada.

* * *

Este equívoco sobre el fundamento de la responsabilidad por daños provocados por las cosas—presunción de culpa, culpa en la custodia, garantía de los riesgos engendrados por el uso de una cosa—parece caracterizar a la jurisprudencia. Si algunas de las soluciones consagradas por el Tribunal de Casación (particularmente el significado inoperante de la no existencia de culpa en el guardián) son incompatibles con el primero de los sistemas aludidos, otras impiden admitir pura y simplemente el segundo sistema. Esta situación podría parecer extraña, e incoherente la obra de la jurisprudencia, si no estuviera claro que el equívoco es intencionado (vid. sobre este punto las explicaciones de un Consejero del Tribunal de Casación, en la nota de Cavarroc, J. C. P. 47. II. 3600). La materia de la responsabilidad es, en efecto, demasiado variada y cambiante para que la jurisprudencia pueda adherirse totalmente a un sistema doctrinal que le impondría un marco rígido.

Por el contrario, la fórmula del caso *Jeand'Heur*, que se refería a una presunción de responsabilidad, por su misma imprecisión no comprometía el porvenir. Sin duda, implicaba un alejamiento, si no un abandono, de la noción de culpa. Pero la experiencia ha demostrado que esta tendencia llevaba a dar una extensión desmesurada al art. 1.384, apartado 1.º De ahí la evolución de la jurisprudencia durante los últimos doce años para fijar unos límites a dicho texto. Este resultado ha sido obtenido mediante procedimientos puramente técnicos, tales como la definición de la «custodia» o del «hecho de la cosa», y también mediante una ampliación del juego de la culpa subjetiva. Tal ampliación, cuya existencia hemos podido comprobar a lo largo de este estudio, ha sido consagrada por la sentencia de la Sala de lo Civil de 28 de abril de 1947 (D. 47.

j. 329, informe de Lenoan, nota de Lalou), según la cual «la presunción de responsabilidad no puede operar frente a un mentalmente enajenado que actuó en estado de demencia, siempre que dicho estado no fuera consecuencia de una culpa anterior suya», ya que «tanto el uso y los poderes de dirección y de control, fundamento de la obligación de custodia del art. 1.384, ap. 1.º como imputación de una responsabilidad presunta, implican la facultad de discernimiento». Debe estimarse que esta sentencia marca la voluntad bien definida del Tribunal de Casación de no romper completamente con la teoría de la culpa presunta.

Reservándose así la posibilidad de recurrir indiferentemente a uno o a otro posible fundamento de la responsabilidad por daños causados por las cosas, la jurisprudencia conserva entera libertad para adaptar de la manera más flexible la norma jurídica a las exigencias siempre cambiantes de los hechos. El examen de su reciente evolución lo demuestra ampliamente (1).

(1) Traducción de J. A. Prieto.

BIBLIOGRAFIA

Libros

EATIFFOL, Henri: "La contribution des relations franco-espagnoles à la construction du Droit international privé en France". Cuadernos de la Cátedra Brown Scott. Universidad de Valladolid. 1950.

La especialidad de la materia que constituye el objeto de este pequeño libro hará que su lectura sea de máximo interés, no sólo para el cultivador del Derecho internacional privado, sino en general para todo jurista español. El Decano de la Facultad de Derecho de Lille examina lo que para él son "contribuciones de las relaciones franco-españolas" a "la elaboración del Derecho internacional privado en Francia"; pero, desde una perspectiva española, tiene que aparecer necesariamente en primer plano otro aspecto de la cuestión: el criterio con el que los Tribunales franceses abordan problemas que también lo son nuestros, los límites que establecen a la aplicación de las normas españolas y la manera como las manejan. Por ello hubiésemos deseado de la reconocida competencia del autor un examen detenido de todos los casos con elementos españoles planteados ante Tribunales franceses, y no sólo de aquellos que han tenido trascendencia para el desarrollo del Derecho internacional privado francés.

La obra, presentada por el profesor Herrero, se inicia con una introducción que señala las posibles aportaciones del método comparado al Derecho internacional privado. El conocimiento de los Derechos extranjeros es base indispensable para conseguir, por una parte, el acercamiento entre los sistemas de normas de conflicto, y por otra, la mayor flexibilidad de éstas, que permitirá abrir paso, mediante conceptos de calificación distintos de los materiales del foro, a soluciones extranjeras completamente distintas de las nacionales, y no previstas por el legislador nacional, pero que, sin embargo, disciplinan un problema que no es desconocido por el propio Derecho.

El primer capítulo del libro analiza una sentencia del Tribunal de aplicación de París (8 de enero de 1943) que afirma la competencia de los Tribunales civiles franceses para conocer en los juicios de divorcio—*séparation de corps*—, seguidos en Francia entre súbditos españoles ligados por vínculo canónico. El Tribunal creyó enfrentarse con un conflicto de calificaciones entre la ley francesa, que considera el procedimiento a seguir como cuestión de forma, sometida a la *lex loci*, y la ley española, que lo conceptuaría cuestión de fondo, incluida en el estatuto personal. El conflicto se resuelve mediante la calificación *lege fori*, y Batiffol aprueba tales puntos de vista, subrayando que ésta ha sido la primera vez que un Tribunal francés ha formulado explícitamente la regla de la calificación por la *lex fori*. Sin embargo, realmente nos parece difícil hablar en este caso de conflicto de calificaciones en sentido propio. El

Derecho español no niega el carácter procesal del juicio de divorcio, pero lo somete, no a la regulación del Estado territorial, sino a la de la Iglesia, cuya competencia universal reconoce (por lo menos en lo relativo al matrimonio de españoles católicos). Hay, pues, un conflicto entre el Derecho español y el Derecho francés, pero no en calificar, respectivamente, una cuestión como de fondo o de forma, sino en aceptar o no la idea de que determinadas materias jurídicas quedan fuera de la competencia normativa y jurisdiccional del Estado territorial, por pertenecer a la de una institución de carácter universal.

La sentencia del Tribunal de Tulle de 6 de enero de 1944, estudiada por el autor en el segundo capítulo, plantea una serie de problemas tan interesantes como delicados. El Tribunal francés decidió que el matrimonio civil contraído en Barcelona, el 4 de mayo de 1938, entre dos españoles católicos, era nulo, por contravenir a la ley de 12 de marzo de 1938, y que, por lo tanto, la viuda de un obrero víctima de accidente de trabajo acaecido en Francia no tenía derecho a indemnización alguna. El caso planteaba una cuestión previa de evidente gravedad. ¿Puede impugnarse ante un Tribunal francés la validez de los actos realizados en un momento determinado de acuerdo con la legislación del Gobierno que en ese momento Francia reconocía como legítimo? Ante todo, como recuerda Batiffol, siguiendo la doctrina moderna, el reconocimiento o no reconocimiento de un Gobierno no tiene relevancia para el Derecho internacional privado; al remitirse la norma de conflicto a un Derecho extranjero, lo hace al que se aplica regularmente por la autoridad establecida en un territorio determinado. Esto quiere decir que, para el juzgador francés, durante el período de la guerra civil española había dos legislaciones en vigor en nuestra Patria, cada una de ellas con su propio ámbito territorial de vigencia. Consecuencia de ello es que aplicar la ley nacional de 1938 a matrimonios civiles celebrados en Barcelona equivale, para un Tribunal francés, a atribuir efecto retroactivo a dicha ley. ¿Contraría esto al orden público francés? Batiffol cree, acertadamente, que no, y en vista de ello sostiene la nulidad del matrimonio. En último término, plantea la cuestión de si el matrimonio celebrado podrá considerarse matrimonio putativo, como ha estimado Maury, contra la opinión del Tribunal de Tulle. Creemos, sin embargo, que existe un punto de fundamental importancia que no ha sido visto por la sentencia y por la doctrina francesa, y que haría perder su alcance en ese caso, y en otros similares, a la cuestión del matrimonio putativo. Nos referimos a la posibilidad de que un matrimonio civil contraído durante el período rojo sea considerado como matrimonio canónico válido, al amparo del canon 1.098 del *Codex*. Un matrimonio civil reúne, en efecto, los mínimos requisitos de forma que establece dicho canon, y la persecución religiosa existente en la zona dominada por el Gobierno rojo permite estimar que también se daban las demás circunstancias exigidas para la validez canónica del matrimonio contraído ante dos testigos. La conclusión resultará imprevista para los juristas franceses no familiarizados con el Derecho canónico (o con la situación existente en España durante la guerra civil); pero es indiscutible, siempre que en los contrayentes hubiera ver-

dadera intención de contraer matrimonio (intención que no ha de entenderse necesariamente referida a la noción del matrimonio canónico).

El tercer capítulo examina un problema que ha llegado también ante nuestro Tribunal Supremo: el del matrimonio entre un español y una francesa divorciada. La jurisprudencia francesa, más abundante sobre este punto que sobre los anteriores, aparece dividida, así como la doctrina.

El autor se declara favorable, *de iure condito*, a la tesis de la validez de tal matrimonio. Hace observar en este sentido que la noción del orden público reviste (con excepción de su llamado "efecto reflejo") un carácter exclusivamente nacional, y, por lo tanto, cuando la norma francesa de conflicto declara aplicable al matrimonio la ley española, se refiere a la ley material, y no a las medidas de defensa con que los Tribunales españoles impiden la aplicación de una ley extranjera. El Derecho francés no ha de asegurar efectividad al orden público español, que niega capacidad para contraer matrimonio a una francesa divorciada. Para un Tribunal francés, la capacidad de una francesa para contraer matrimonio se regirá siempre por su ley nacional, sin tenerse para nada en cuenta el orden público español; la capacidad del contrayente español se regirá por la ley española. De estas consideraciones resultaría la validez del matrimonio. Sin embargo, la cuestión nos parece más compleja, porque cuando nuestro T. S. niega efectos al matrimonio de un súbdito nacional con una francesa divorciada (sentencia 12 mayo 1944), lo hace precisamente por estimar que existe un impedimento que afecta a la capacidad del contrayente español. La solución defendida por Batiffol equivale, por lo tanto, a *no aplicar la ley nacional* en materia de capacidad concreta de la persona, y no ya solamente—como estima nuestro autor—a declarar aplicable en Francia una ley francesa que no se aplicaría en España por intervenir para impedirlo el orden público español. Queda por saber si la no aplicación de la ley nacional española en materia de capacidad podría encontrar una justificación en el orden público francés o en la dirección jurisprudencial que inició el *arrêt Ferrari*. Nos limitamos a plantear el problema, cuyo desarrollo alargaría desmesuradamente esta recensión.

El cuarto y último capítulo de la obra analiza la sentencia de la Corte de Casación de 19 de marzo de 1939. Esta resolución autoriza a los propietarios a reivindicar ante los Tribunales franceses una mercancía requisada en 1936, sin indemnización previa, por la Generalidad de Cataluña, y transportada a Francia. El interés de la doctrina formulada es evidente desde el punto de vista español; pero, por otra parte, según observa Batiffol, se precisan con ella algunos puntos fundamentales del Derecho internacional privado francés. Ante todo, se formula explícitamente por primera vez el principio de que los modos de adquisición de los derechos reales se rigen por la *lex rei sitae*. Pero además, se aclara la manera de funcionar el orden público francés respecto a las expropiaciones dictadas por autoridades extranjeras; la regla de que sólo son admisibles cuando existe una justa indemnización requiere que ésta sea "previa", no bastando una simple promesa, como en el caso de autos. Finalmente, se establece que la máxima *en fait*

de meuble, possession vaut titre, es aplicable desde que la cosa entra en territorio francés, aunque la posesión hubiese comenzado en territorio extranjero, independientemente de que el Derecho vigente en éste establezca o no tal principio. Señalemos aquí, de paso, que no existe la identidad que el autor cree ver entre el artículo 2.279 del C. c. francés y el artículo 464 del C. c. español, ya que en ellos, según la jurisprudencia española, la palabra "título" se emplea con diferente significado (1).

La obra que reseñamos responde a las habituales cualidades de la mejor doctrina jurídica francesa: la claridad en la exposición y el equilibrio—o mejor, la conjunción—entre la profundidad científica y el sentido práctico. El análisis de los casos concretos a través de las decisiones judiciales permite una mejor comprensión de la realidad jurídica, de los problemas que subyacen a ella y de los principios que la ordenan; si es útil en todas las ramas jurídicas, sus resultados han de ser particularmente alentadores en el campo del Derecho internacional privado, por la peculiaridad de los supuestos que en él se regulan. Una prueba de ello es este libro de Batiffol, que incita a meditar y a repensar los problemas que plantea, suscita otros nuevos y muestra siempre—con todos sus puntos discutibles—la misma consistencia científica que revela el excelente *Traité élémentaire* que el ilustre internacionalista francés ha publicado recientemente.

José A. PRIETO

BERNAL MARTIN, Salvador: "Procedimiento laboral" (Legislación. Jurisprudencia. Notas. Formularios). Segunda edición. Madrid. Librería General Victoriano Suárez

En la Nota preliminar con que a manera de prólogo nos muestra el autor sus propósitos al dar a la imprenta la obra que motiva este comentario, nos hace hincapié sobre lo limitado de los mismos; tan sólo pretende recoger la experiencia de su actuación ante los Organismos laborales, considerando el aspecto práctico del procedimiento desde el punto de vista del ejercicio profesional del abogado, y recopila a tal fin legislación, jurisprudencia, notas y comentarios.

En 1943 apareció la primera edición de este libro, que no era sino la publicación de la libreta auxiliar de un letrado en el ejercicio de sus funciones ante la Magistratura de Trabajo; en la segunda edición el propósito es más amplio, se estudia el procedimiento administrativo y se dota a la obra de un nuevo sistema que la transforma fundamentalmente.

No se ha propuesto Salvador Bernal escribir un tratado de Derecho Procesal, y es de lamentar que se haya cortado a sí mismo las alas, pues sin duda su formación es sólida y sería muy capaz de abordar con la preparación debida tal tarea, superando las muchas dificultades que encierra; únicamente se limita a recoger la parte procedimental del Proceso Social, transcribir las leyes fundamentales de los trámites laborales, apostillarlas con breves y jugosos comentarios en que hace una interpretación de las

(1) V. sentencia del T. S. de 19 de junio de 1945.

mismas que en diversas ocasiones nos resulta poco defendible, coleccionar jurisprudencia y, al fin de cada capítulo, transcribir algunos modelos de formularios. Es obra, en resumen, de recopilación y sistematización de disposiciones legales, y es lástima que quien pudo hacer mucho más, como nos tiene demostrado en el campo de la Previsión Social, no tenga mayores ambiciones.

Partiendo de tal limitación de propósitos, la obra puede tenerse por lograda, es fácil de manejar, su sistemática es original y atrayente y proporciona claridad a la materia tratada; su redacción (en la que abundan las erratas de imprenta) permite al profesional hacerse cargo de las cuestiones, si bien ello, a nuestro modesto entender, no debe resultar fácil a los no iniciados, pues hay una serie de abreviaturas y referencias que suponen cierta preparación jurídico-laboral en el lector; el sistema de índices (general al principio, cronológico en el último capítulo y alfabético al fin del libro) permite con facilidad encontrar el punto concreto que se quiera consultar; la tipografía y encuadernación son perfectas; en fin, puede felicitarse el autor de haber cubierto sus objetivos y logrado aglutinar las dispersas normas del Procedimiento Laboral en una recopilación que orienta, guía y enseña, merecedora de toda clase de alabanzas y a la que auguramos seguro éxito.

Tras un primer capítulo en que se recogen los preceptos orgánicos sobre Jurisdicción y Tribunales Laborales, se estudian por el autor las actuaciones preliminares al procedimiento contencioso, considerando como tales el acto de conciliación, los expedientes para patentizar faltas laborales, las reclamaciones previas a la vía jurisdiccional, las autorizaciones precisas para despedir o reducir jornada por crisis laboral y las previas informaciones precisas en casos de hernia, que forman otros tantos capítulos de la obra. En los capítulos VII a XI se trata del beneficio de pobreza y procesos monitorios, amigable composición, cuestiones de competencia, recusaciones y abstenciones, acumulaciones, nulidad de actuaciones y delegación de funciones, formando con tales materias un apartado dentro de la sistemática de la obra titulado "Actuaciones Conexas". Otro apartado con un solo capítulo (el XII) está formado por las Actuaciones de Oficio. El Procedimiento Contencioso, propiamente dicho, forma otro apartado, estudiándose en sendos capítulos (del XIII al XVII) la competencia, la teoría de las partes, la demanda, el juicio propiamente dicho, desde su iniciación hasta la sentencia, y algunos procesos especiales. En otro apartado de tres capítulos (XVII al XX) se estudian los remedios y recursos y especialmente los de suplicación y casación.

El Procedimiento Administrativo se estudia en el capítulo XXI, el más largo de la obra por llevarse a él aquellas materias que no tienen un encaje preciso en los demás apartados. El último capítulo (XXII) trata del procedimiento de ejecución en todas sus facetas. Termina la obra con los índices cronológico y alfabético antes aludidos.

José María A. DE MIRANDA
Magistrado de Trabajo.

BOEHMER, Gustav: "Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung. Erstes Buch. Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung". J. C. Mohr, Paul Siebeck. Tübingen, 1950.

Por el año 1928 el profesor Perels recomendaba ya a un pensionado español una recién publicada obra de Boehmer (1), por su hondura y claridad; elogio de valor, como hecho por crítico tan exigente e irónico. Ello no obstante, ni el nombre ni la obra de Boehmer han sido lo debidamente conocidas y apreciadas fuera de Alemania. No es esta la ocasión de ocuparse de ella (2), pero sí deberá mencionarse la "Introducción al Derecho civil", publicada en 1932 (3), librito de pocas páginas, en el que se contiene a la vez la exposición más concisa y más interesante que recuerdo de la concepción jurídica que preside al ordenamiento jurídico alemán. El extenso volumen reseñado es el primer tomo de una amplia obra en la que el autor, según nos dice, va a reelaborar aquella primitiva corta introducción, que ahora cambia su contenido y su título por el de "Fundamentos del ordenamiento jurídico civil".

En el prólogo expone este ambicioso programa; la obra ha de contener los siguientes libros: I. Concepto y esencia del Derecho civil y su situación en el sistema total del ordenamiento jurídico. II. Metodica jurídica; evolución de la historia dogmática del desarrollo del pensamiento del Derecho privado alemán y de la creación jurídica alemana, como una parte de la vida jurídica europea, desde la época del Derecho natural hasta el Código civil alemán, y el desarrollo jurídico por medio de la ciencia y de la práctica hasta el presente. III. Exposición histórica y de Derecho comparado (en especial del Derecho alemán) de cómo en los grandes ordenamientos jurídicos europeos las relaciones jurídicas se forman, sea por imitación privada o por la propia acción de los interesados, sea en forma de normas imperativas estatales del Derecho objetivo, sea por la normación concreta de las autoridades. IV. La construcción total sistemática, estructura dogmática y espíritu normativo de la actual constitución jurídica privada de Alemania, en comparación con los más importantes ordenamientos jurídicos extranjeros.

El primer libro, objeto de esta reseña, se divide en los siguientes grandes apartados: 1.º Concepto y esencia del Derecho privado. Origen y significado de la palabra Derecho civil. Significado social-ético del Derecho civil. 2.º Derecho civil y Derecho penal. Justicia civil (jurisdicción contenciosa y voluntaria). Justicia penal. 3.º Derecho privado y

(1) *Erbfolge und Erbenhaftung*, 1927.

(2) Puede recordarse (para no mencionar contribuciones a revistas y homenajes), además de su contribución al *Comentario de STAUDINGER*, vol. V. *Vorschläge zur Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge*, 1938.

(3) *Einführung in das Bürgerliche Recht*, Verlag von Felix Meiner in Leipzig, 1932, 99 páginas. Contiene cuatro capítulos: 1. Concepto del Derecho civil. 2. El carácter jurídico-político del Código civil. 3. La situación jurídica personal de los individuos en la vida de la comunidad (Derecho de personas) y en la familia (Derecho de familia y Derecho hereditario). 4. El ordenamiento de la vida económica (Derecho de cosas y Derecho de obligaciones).

Derecho público. Procedimiento judicial y procedimiento administrativo. Apéndice sobre la figura jurídica de las Universidades.

Más que la exposición comparada (civil y penal, judicial y administrativa) de las instituciones, demasiado seca y elemental para el lector extranjero (advirtiéndose que está pensada para los estudiantes), interesa la finalidad y el espíritu de la obra.

Propósito expreso del autor es el de hacer resaltar el valor propio o específico del Derecho civil. En Alemania, primero, porque, a pesar de la división en zonas y de los otros cambios impuestos por la guerra, sigue siendo el símbolo de la unidad y de la permanencia. En general, se podría decir, por el mensaje que de continuo grita al desquiciado mundo moderno. El Derecho privado—repite—está ahí para que la vida de masas, propia del tiempo primitivo, se convierta en la vida de los pueblos libres. La frase “tú eres nada, tu pueblo lo es todo” es un absurdo y un absurdo lógico; pero también habrá de advertirnos que “los “derechos privados” no son fines en sí de un egoísmo individual, sino, a la vez, medios al servicio del “bien común”, sanciones de un egoísmo social, valorizado y, a este fin, embrizado; en último fin, por tanto, son no sólo derechos para la satisfacción de los egoísmos propios, sino también para el cumplimiento de las obligaciones de la comunidad y, como tales, participantes del pathos moral que descansa en estas obligaciones”. “El ideal jurídico del futuro no es el del Estado total omnipotente, que mas allá del bien y del mal y desligado de todo vínculo, sea jurídico o moral, se presenta como único portador y ejecutor de todos los valores de la vida y que se traga con desmedida ὄψις al hombre individual como un Leviatán..., sino que el ideal es el del Estado popular ordenado por el pensamiento de la Justicia, de impronta “cristiano-europea” y en el que éste no quiere ser más que la totalidad de sus ciudadanos, en cuyo libertad, responsable de la comunidad, ve la más segura garantía de su propia fuerza vital”. Y, encarándose con los alemanes de hoy y del mañana, les dice: “la justificación social-ética de la libertad civil y la de los derechos civiles es en verdad sólo posible cuando el pueblo alemán del futuro se apropie de nuevo la frase preciosa de Goethe: “la mayor felicidad de los hijos de la tierra es ciertamente la personalidad”; y a ella la haga guía de su pensamiento, de su sentir y de su querer. La libertad presupone autorresponsabilidad y la autorresponsabilidad, libertad”.

Concebido así el valor y alcance del Derecho civil es lógico que el autor insista sobre la necesidad de reformar la manera de enseñarlo y el modo de aprenderlo y que llame la atención sobre el alto significado de los hombres de Derecho. Saber Derecho, dice, no es aprenderse de memoria montones de disposiciones, pues el Derecho es “una ordenación de la vida social, plena de sentido, en la que se hace positivo el eterno fin humano de la defensa y de la compensación frente a lo injusto, el reparto justo de los bienes de la vida, culturales y económicos, y la dignidad moralmente vinculada de la personalidad libre”. Por ello, al jurista lo calificará de “médico social en los cuerpos humanos del pueblo”.

Basta lo dicho, parece, para advertir del contenido, tono y significado

de este primer libro; cuando se termine la publicación de la obra será llegado el momento de estudiarla y valorarla en su conjunto.

F. de CASTRO

BIAGIO BRUGI: "Instituciones de Derecho Civil". Edición Hispano Americana. México, 1946.

Obra impresa en América y aparecida recientemente en España, es una traducción por Jaime Simó Bofarull, de la cuarta edición italiana que con el mismo título y con aplicación especial a todo el Derecho Privado publicó el autor citado, Profesor de las Universidades de Padua y Pisa.

Contiene compendiada con acierto toda la materia propia del Derecho civil. De estilo sencillo y de ágil y ordenada exposición, resulta asequible incluso para los principiantes en estos estudios.

Adopta la ya clásica técnica de las obras de los civilistas italianos y limitada al estudio de las instituciones de su Código civil, contrastándolas en parte con el sistema de derecho romano y la doctrina moderna; su valor científico no es grande, pero, en cambio, hay que reconocer su utilidad e interés como labor divulgadora de los principios fundamentales de esta disciplina jurídica, constituyendo en este aspecto una buena guía orientadora y pedagógica para el conocimiento del Derecho civil.

Puede compararse esta obra con las Instituciones de Derecho Privado justiniano del mismo autor, si bien concretamente aplicada al derecho positivo del pueblo italiano, por lo cual en muchos de sus pasajes parece más bien que está escrita por un romanista que por un civilista, radicando quizá en esta cualidad su mayor mérito.

También es de destacar su particular forma de desenvolver las instituciones civiles y el interés que ofrecen algunas de sus materias. Así, después de una rápida introducción sobre el Derecho civil (fuentes del Derecho, normas jurídicas y sistema del Código), toma como base de su estudio la relación jurídica para ir desenvolviéndola en cada una de las respectivas instituciones; tratando primero de la relación jurídica en sus diversos aspectos (sujeto, objeto, hechos y actos jurídicos, etc.), y a continuación, y separadamente, de la relación jurídica por lo que se refiere a las cosas, a las obligaciones, a la familia y a las sucesiones.

Y por último, hay que señalar el especial examen que contiene sobre el proceso civil, las medidas cautelares, las acciones y excepciones en cuanto afectan a la relación jurídica; sobre la cláusula "rebus sic stantibus"; el contrato romano; el derecho de la representación sucesoria, las relaciones jurídicas entre coherederos, la doctrina de los patrimonios separados y de la herencia yacente y, por fin, la parte que dedica en todas las instituciones a los problemas que plantea el Derecho internacional.

En conclusión, se puede afirmar que con esta nueva obra, llegada a nuestra Patria a través de Hispanoamérica, se dispone de un libro ade-

cuado para estudiar y conocer aquellos principios fundamentales que integran el Derecho civil.

José L. PONCE DE LEON,
Magistrado.

ESPIN CANOVAS, Diego: "Manual de Derecho civil español". Volúmenes I y II (Editorial Revista de Derecho Privado). Madrid, 1951-52.

La Editorial Revista de Derecho Privado ha publicado los volúmenes I y II de esta obra, formando parte de la Colección de Manuales de dicha editora, en la que han aparecido otras que tan justo renombre han alcanzado, como la de Derecho procesal de D. Manuel de la Plaza, y la de Derecho romano de D. José Arias Ramos. Débese este nuevo Manual al catedrático de Derecho civil y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, Prof. Espín Cánovas.

La aparición de una obra de esta clase ha de despertar el interés entre los cultivadores del Derecho civil por la escasez de exposiciones sistemáticas de este género elemental en nuestra doctrina. El autor, según anuncia en el prefacio, se ha propuesto escribir un Manual para la iniciación del Derecho civil, que sirva principalmente para facilitar a la juventud universitaria el aprendizaje de las nociones fundamentales de la materia, imponiéndose para ello la limitación que implica toda labor de selección y síntesis.

El primer volumen del Manual de Derecho civil del Prof. Espín comprende la Introducción y la Parte General, distribuidas en capítulos del siguiente modo: La Introducción abarca dos capítulos, concepto y división del Derecho objetivo, y el Derecho civil. La Parte General está dividida en cuatro secciones: la primera, teoría de la originación y aplicación del Derecho civil, estudia el problema de las fuentes (cap. I) y la aplicación del derecho (cap. II). La segunda, la relación jurídica (cap. I), el sujeto del derecho subjetivo (cap. II) y el objeto del mismo (cap. III). La tercera, dedicada a la teoría de la adquisición y pérdida de los derechos subjetivos, comprende el concepto y causas de adquisición de los derechos (cap. I), el negocio jurídico (cap. II) y la influencia del tiempo en las relaciones jurídicas (cap. III). Y, finalmente, la cuarta sección estudia brevemente la teoría del ejercicio y protección de los derechos.

El segundo volumen—que ha aparecido a poco tiempo del primero, lo que da un sentido de continuidad a la publicación muy estimable—versa sobre los derechos reales. Se distribuye el contenido en seis secciones. La primera se dedica a los derechos reales en general, exponiéndose en la misma el concepto y las principales teorías, la clasificación de los derechos reales y la cuestión relativa al número, para terminar con una indicación de los derechos reales regulados en la legislación española. La sección segunda aparece consagrada a la posesión, de la que se hace un estudio que, pese a la sumariedad, es muy completo. La sección tercera se encabeza con el título "Derecho real pleno", y se distribuye en tres capítulos: uno, relativo a la propiedad, en el que se incluyen los modos de adquisición de la misma; otro, sobre la copropiedad,

en la que se presta la especial atención que merece la llamada propiedad horizontal, y un tercer capítulo dedicado a las propiedades especiales (aguas, minas e intelectual). La sección cuarta lleva como tóbrica general los derechos reales limitados de goce, está distribuida, asimismo, en tres capítulos: uno, dedicado al usufructo, uso y habitación; otro, sobre las servidumbres, clasificación y extinción; y el tercero, relativo a los censos. La sección quinta se dedica a los derechos reales limitados de garantía y se distribuye en tres capítulos, en los que, respectivamente, se expone detalladamente: la prenda, la hipoteca, y la anticresis. La sección sexta comprende los derechos reales limitados de adquisición, y bajo este epígrafe, después de exponer sus diversas clases, se analiza el retracto, con especial referencia a los diversos retractos legales.

Los propósitos perseguidos por el Prof. Espín están plenamente logrados. La obra es, ciertamente, elemental; pero no superficial. El autor, que domina la materia amplia y profundamente, ha sabido refrenarse y sacrificarse en aras de las exigencias pedagógicas a que atiende, pero sin merma de la dignidad científica. Está estructurada la obra con un certero sentido de qué es lo verdaderamente fundamental. Quiero decir con esto que el autor no ha prestado la misma atención ni concedido igual extensión a los diversos temas, sino que ha sabido elegir y distinguir, deteniéndose más en aquellos que, por su dificultad o por su trascendencia, es preciso conocer mejor para conseguir una adecuada formación. Las síntesis doctrinales que ofrece son verdadero modelo de concreción, precisión y fidelidad expositiva. No las recarga de nombres; a veces prescinde de ellos; pero generalmente menciona los más significativos. Tampoco descuida las más importantes referencias jurisprudenciales. Y en ocasiones acude al derecho histórico y al comparado; pero no por sistema, sino cuando así lo requiere de manera especial la naturaleza de la cuestión. En ningún caso omite el autor la indicación del criterio o punto de vista que considera más certero o defendible; y siempre procede en esto muy ponderadamente, sin dejarse ganar ni por la alucinación del efectismo, ni por el apasionamiento de lo personal. Se trata, pues, de una obra bien medida y meditada.

Al comienzo de cada capítulo figura una indicación bibliográfica que no pretende ser exhaustiva; pero que es, como debe ser, selectiva y orientadora. Sin abandonar esta tónica son, sin embargo, más completas las notas bibliográficas correspondientes al segundo volumen. En ellas se indican los libros y trabajos más recomendables para los diversos aspectos de los temas. Esto muestra un encomiable afán de perfeccionamiento. Nos permitimos sugerir al autor que quizá fuera conveniente consignar la bibliografía, en lugar de al frente de los capítulos—a veces la relación es forzoso que resulte extensa—, con referencia a cada uno de los epígrafes o párrafos en que subdivide aquéllos.

Merece resaltarse el cuidado y claro estilo con que está escrita la obra. El Derecho civil español cuenta con meritorias aportaciones en este aspecto, desde la galanura y persuasión propias de Clemente de Diego hasta la severa corrección de Castán. En esta segunda trayectoria viene a ocupar un lugar relevante al manual del Prof. Espín.

Por todo ello, y no como deber de cortesía, sino como obligación de conciencia, hay que augurar un éxito a la obra de Espín y animarle para que la prosiga.

Antonio HERNANDEZ-GIL
Catedrático de Derecho Civil.

CREUS, Antonio: "Compendio del ordenamiento jurídico de los arrendamientos rústicos". Editorial Arca. Barcelona, 1950; 199 págs.

La obra que se nos ofrece es la que fué premiada con motivo de un concurso celebrado en el mes de marzo por el Ilustre Colegio de Abogados de San Feliú de Llobregat, concurso que nació, como dice el propio autor, del íntimo convencimiento de que la legislación sobre la materia había llegado a constituir un verdadero laberinto por el que, hasta los más expertos, habían de moverse con dificultad y recelo para no incidir en error.

Con la limitación que se deriva del propio título dado a la obra, el autor nos ofrece un manual práctico en relación con los arrendamientos rústicos, en el que se ocupa de la naturaleza del contrato de arrendamiento; del ámbito de la Ley; del contrato de arrendamientos, examinando todos los problemas que hacen referencia a su forma y requisito, capacidad, objeto, renta, etc., sigue con la terminación del contrato por variar el destino o aprovechamiento de la finca, así como de los derechos y obligaciones del arrendador y arrendatario, para finalizar con el estudio de la extinción del contrato, reparaciones y mejoras, el derecho de retracto, el contrato de cesión del suelo para plantar viña y olivar, aparcerarios, arrendamientos colectivos, jurisdicción en materia de arrendamientos.

En el anexo se ocupa de la legislación vigente, que alcanza hasta el Decreto de 7 de julio de 1950, regulador del retracto de fincas cústicas.

Unos formularios ajustados a las pretensiones de la obra y un acabado índice analítico de materias completan esta obra, que estimamos útil y de eminente carácter práctico.

J. H. C.

FENECH NAVARRO, Miguel: "Derecho procesal tributario". III. Un tomo de 431 páginas. Editado por Librería Bosch. Barcelona, 1951.

El catedrático de la Universidad de Barcelona, D. Miguel Fenech Navarro, ha publicado el tomo III de su obra *Derecho procesal tributario*. Este tomo se halla dividido en dos libros: "Procedimiento y proceso tributario de ejecución" y "Proceso tributario de declaración típico o interno".

Nos habla, en el primero de los citados libros, de las modalidades de la realización forzosa; de la oposición en el proceso de ejecución y de la suspensión y extinción del proceso de ejecución. En el segundo libro aparece, en primer lugar, una larga introducción de 54 páginas (subdividida en siete apartados, que se refieren a: el proceso tributario de de-

claración, típico interno; los sujetos del proceso; el objeto del mismo; los presupuestos del proceso; sus requisitos; sus vicios y sus efectos; un estudio de los actos procesales en general; otro de dichos actos en particular; una concisa visión de la prueba, y, finalmente, dos capítulos dedicados, respectivamente, a la suspensión y extinción del proceso y a los recursos.

Constituye el conjunto un estudio jurídico de notorio interés, tanto por la materia tratada como por el enfoque que al mismo da su hábil y culto autor, persona que reúne a sus profundos conocimientos teóricos, como catedrático, su no menos hondo saber, como profesional.

Hacer un análisis detenido de las páginas de este tomo III requeriría un espacio del que no disponemos, e incluso, nos aventuramos a afirmarlo, sería impropio, ya que para poder enjuiciar esta obra de Fenech como se merece, sería preciso considerarla, no en uno de sus fragmentos, sino globalmente.

Jorge TURULL REGAS,
Licenciado en Derecho.

GALVÃO TELLES: "Aspectos comuns aos vários contratos (Exposição de Motivos referente ao Título do futuro Código Civil Português sobre Contratos em Especial)", Lisboa, 1951; 86 páginas.

En las mismas páginas de este ANUARIO ya tuve ocasión de referirme a los anteproyectos sobre compraventa y locación y sobre mandato elaborados por el Prof. Galvão Telles para el futuro Código civil portugués (1). Entonces apunté la conveniencia de que su publicación fuera precedida de la correspondiente Exposición de Motivos, con el fin de conocer a fondo la razón determinante de muchas de las disposiciones que, entre tanto, quedaban sin la oportuna justificación. Ahora veo con agrado como Galvão Telles inicia la publicación del proyecto completo, en donde aquellos anteproyectos parciales serán integrados, después de algunos retoques que la crítica y la misma experiencia de su autor aconsejaron.

En el concienzudo trabajo aparecido en la "Revista de Faculdade de Direito de Lisboa", vol. VII, también publicado separadamente, el autor nos va diciendo los *motivos* que le determinaron en la redacción del proyecto: los grandes principios orientadores, los criterios de selección y sistematización de la materia de los contratos, la razón de ser de muchos de los preceptos consignados.

En esta primera parte se comprenden tan sólo las cuestiones de orden general, a saber: tendencias modernas del Derecho contractual, autonomía del Derecho mercantil y clasificación de los contratos civiles.

En el primer capítulo el autor estudia las causas de la transformación del Derecho contractual en los últimos tiempos, entre ellas la crisis del liberalismo, que han conducido a una mayor preponderancia del aspecto institucional, orgánico y social de los contratos.

(1) Vid. t. II, fasc. IV, págs. 1512 y ss.; y t. III, fasc. II, págs. 114 y ss.

En la evolución moderna de los contratos distingue los siguientes aspectos, el último de los cuales constituye, a su juicio, como la síntesis y el principio informador de algunos de los restantes: 1.º Incremento de la vida contractual; 2.º Limitación de la libertad contractual; 3.º Intensificación y ampliación de los efectos del contrato; 4.º Mayor facilidad de disolución contractual, y 5.º Institucionalización de los contratos.

Para Galvão Telles estas varias tendencias modernas del Derecho contractual, aunque en sí—en su exteriorización—se muestran a veces un tanto contradictorias, son todas o casi todas manifestación de una idea común, de un fenómeno único, al que más o menos directamente se reducen: la *institucionalización* de los contratos. Pero el contrato—aclara—no es necesariamente una institución, sino que el espíritu institucional lo penetra cada vez más; los aspectos objetivos ganan en él mayor relieve. “Un nuevo espíritu—escribe—discurre por todo el Derecho, la idea institucional, que invade también el dominio de los contratos, ya libertándolos de un voluntarismo excesivo, ya transformando mayor número de ellos en fuente de instituciones. La voluntad pierde, mas el contrato gana.”

Por mi parte, preferiría mejor hablar de la supremacía absoluta del bien común que de un fenómeno de institucionalización del Derecho, de un desplazamiento de la vieja idea de *relación*, libérrimamente forjada, por la idea de *ordenación*, o si se quiere, *status* o situación (D'Ors), impuesta como algo dado, en virtud de aquella prevalencia. La voluntad pierde, sí, pero el contrato gana transformándose en una *ordinatio* inspirada por el *bonum commune*.

Galvão Telles afirma que el contrato se encuentra en crisis, pero crisis de transformación, cuyas líneas por otra parte se van definiendo y precisando cada vez más. En lugar de declive y crepúsculo, evolución y rejuvenecimiento: tal es el juicio exacto. El contrato vive hoy impregnado de mayor justicia, que vino a ocupar su centro de gravedad, en sustitución del puro juego de las fuerzas volitivas. Pero algunas veces—reconoce Galvão Telles—se ha exagerado esa tendencia, llevando el sacrificio de la voluntad individual más lejos de lo que sería necesario y deseable. “Hay que reaccionar—escribe—contra semejantes excesos, que es preciso evitar a toda costa. Cumple salvaguardar, todo lo posible, la libertad contractual, que sólo debe ser limitada hasta donde lo impongan las exigencias supremas del bien común y de la justicia”.

En el capítulo segundo el autor se ocupa del palpitante problema de la autonomía del Derecho comercial, que el legislador portugués tendrá forzosamente que afrontar en un futuro no lejano, con motivo de los trabajos de revisión del nuevo Código civil.

Después de pasar revista al movimiento de unificación de las dos ramas clásicas del Derecho privado, distingue la autonomía formal y la sustancial del Derecho mercantil, afirmando la subsistencia de la segunda aun en los casos de unificación formal y declarándose partidario de mantener tanto la autonomía sustancial como la autonomía formal del Derecho mercantil.

A su juicio, el criterio diferenciador del Derecho comercial no sería la noción de empresa, que lleva en sí la nota de profesionalismo, lo cual

significaría un regreso a la antigua concepción subjetivista, ni tampoco la de acto de comercio, sino el concepto económico-jurídico objetivo de *contrato productivo*, que reclama, a semejanza del estrictamente mercantil, un tratamiento jurídico inspirado en las ideas de celeridad y seguridad como puntos cardinales. Ambos tipos de contratos se deben equiparar en el favor legislativo porque tienden a la creación de riqueza, a la *producción de utilidades económicas*. El Derecho comercial regulará homogéneamente todas las relaciones nacidas de los contratos productivos, es decir, de los contratos que se integran en el ciclo de la producción económica, que crean nuevas utilidades (sin hablar de las relaciones ligadas a las primeras por un lazo de accesoriadad o conexión).

Así pues, en la opinión de Galvão Telles, el nuevo Derecho Mercantil debe centrarse en torno a la idea de contrato productivo: criterio que aun no fué formulado por la doctrina, pero que tal vez no sea el mejor.

El Derecho comercial nació como privilegio de clase para objetivizarse y generalizarse más tarde, coincidiendo su máximo apogeo, como el de todos los derechos especiales, con su muerte. Cual nuevo Derecho pretorio, más flexible y expedito que el viejo *ius civile*, facilitó la adaptación de éste a las nuevas necesidades de la compleja vida moderna. El Derecho civil se "comercializó" en cierto modo sin perder su propio cuño y fisonomía, pero también el Derecho mercantil se "civilizó", recibiendo la impronta generalizadora y personalista del Derecho civil, como Derecho privado nuclear, que tiene por base el *civis*, la persona civil en cuanto tal, desnuda de toda otra coloración clasista. Y hoy sólo vuelve a tener sentido el Derecho mercantil como Derecho *especial* que regula los actos en masa del comerciante individual o social constituido en Empresa.

No tiene, pues, nada de paradójico que esta tendencia de retorno al tradicional carácter subjetivista del Derecho comercial, torne todavía más marcada su especialidad, como Derecho de una clase, y que al mismo tiempo esta acentuación de su peculiar idiosincrasia fuera llevada a cabo precisamente por el Código italiano de 1942, que lo unificó con el Derecho civil. Es que el Derecho mercantil regresa a la casa paterna sin perder su auténtica personalidad, pero recibiendo el influjo benéfico del *pater familias*, que ahora lo anima con su espíritu y a su vez recoge purificándola la experiencia nueva del hijo pródigo.

Consecuente con sus ideas, tras de exponer una clasificación de los contratos mercantiles, por su naturaleza (compra para reventa o locación, reventa o locación sucesiva, contrato estimatorio, contrato de suministro, contratos de prestación de servicio productivo, "empreitada", contratos bancarios y seguro) y por conexión, Galvão Telles pasa a esbozar la clasificación de los contratos civiles, fijando el criterio de selección de los contratos que han de figurar en el título del Código civil sobre los contratos en especial, ya que en ese título no se pueden insertar todos los contratos civiles.

Un doble criterio debe presidir, a su juicio, la selección: 1.º No tienen cabida en el mencionado título aquellos contratos que deban ser regulados en otros lugares del Código por su ligamen o pertinencia con las materias allí tratadas; 2.º Las formas de contratos que representen contra-

tos mixtos no deben ser objeto de regulación especial. El autor señala a este propósito que en obediencia al segundo criterio omitirá en su proyecto el contrato de hospedaje, que es efectivamente un contrato mixto, donde se concentran prestaciones varias, correspondientes a diversos tipos contractuales. Pero acaso el hospedaje, como los demás contratos atípicos puros o mixtos conocidos, que han llegado a alcanzar—valga la expresión—una *tipicidad social* por obra de la doctrina, los usos negociales, la costumbre o la jurisprudencia, merezcan el honor de su recepción dentro del número de los contratos típicos, lo cual zanjaría definitivamente las posibles dudas respecto de su disciplina.

Por último, Galvão Telles realiza una sistematización de los contratos en especial, distinguiendo las siguientes categorías: 1.ª Contratos que operan una transmisión de riqueza; 2.ª Contratos que proporcionan el goce de los bienes ajenos; 3.ª Contratos de prestación de servicios o servicio; 4.ª Contratos aleatorios; y 5.ª Contratos de justicia privada.

En la primera categoría deben entrar, según el autor, la compraventa y donación; en la segunda, la locación, el comodato y el mutuo; en la tercera, el contrato de trabajo, el contrato de prestación de servicio, el mandato y el depósito; en la cuarta, la renta perpetua, la renta vitalicia, el juego y la apuesta; finalmente, en la quinta, la transacción. O sea, trece figuras contractuales típicas en total.

Tal es, en suma, el contenido de la obra de Galvão Telles, cuya continuación aguardamos con el más vivo interés.

Juan Bautista JORDANO

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DE DROIT

PRIVÉ: "Actes du Congrès International de Droit privé tenu à Rome en juillet 1950. Deuxième volume de la série. "L'Unification du Droit". Editions "Unidroit". Rome, 1951, 504 páginas.

En un compacto y bien presentado volumen se recogen las ponencias y comunicaciones presentadas al Congreso Internacional de Derecho privado, celebrado en Roma a mediados de julio de 1950 (1) y el resumen de lo dicho en sus sesiones.

Comienza con una Introducción, en la que el presidente del Instituto Massimo Pilotti recuerda el origen de la iniciativa para la convocatoria del Congreso y sus propósitos; después se hace una breve historia de la labor del Congreso y se recoge la alocución del Santo Padre a los congresistas, recibidos en audiencia especial. En la primera parte se publican las ponencias y comunicaciones. Estas son: ponencia general sobre "la misión del jurista en la elaboración de las leyes". Le Vasalli y comunicaciones de R. Goldschmidt, K. Wolf y U. Yadin; ponencia de Hamel sobre "perspectivas y límites de la unificación del Derecho privado", y comunicaciones de Carboni, Cordeiro, Dypan, Ginossar, Haataja, Lazcano, Tanaka, Tedeschi, Yadarola; ponencia sobre "el goce y el ejerci-

(1) Del que se da detallada cuenta en: este ANUARIO, III. 3 (1950), págs. 729-736.

cio de los derechos civiles en relación a la nacionalidad", de Verdross, y comunicaciones de Wgawa y Rucellai; ponencias sobre "la fuerza obligatoria de los contratos y sus modificaciones en los derechos modernos", de Meijers y de Madeiros La Fonseca, y comunicaciones de Borda y de Leone; ponencia de Fidele sobre "el influjo del Derecho canónico en los contratos", y comunicaciones de Brown, Nobile y Mans Puigarman; ponencia sobre "la unificación y la codificación del Derecho canónico oriental", de Edelby; ponencia de Goethem sobre "límites de la libertad contractual en la reglamentación de las relaciones de trabajo", y comunicaciones de Bournias, de Luca Tamayo, Kauffmann, A. Levi, Pandojo, Pergolesi, Ronast y Valle; las ponencias de Wortley y de Lapaulle sobre "la noción de "trust" y sus aplicaciones en los diversos sistemas jurídicos", y comunicaciones de E. Huber, Mankiewicz, R. A. Pascal, Taniguchi, Wesenberg, Witkowsky y Zeilenmaker; la ponencia de P. Bollea sobre "posibilidades y límites de una reglamentación uniforme del derecho de autor sobre un plano universal"; las ponencias sobre "posibilidad de establecer una regulación uniforme de la responsabilidad de los transportistas, respecto a los diferentes medios de transporte", de Dijkmans y de Braekhus, y las comunicaciones de François, Giannini, Komachiya y Varangot; ponencias de Yntema y de Ascarelli sobre "posibilidad de completar la ley uniforme sobre letras de cambio y anejo al Convenio de Ginebra de 7 de junio de 1930, teniendo en cuenta las disposiciones del "Bill of Exchange Act" británico y de la "Negotiable Instrument Law", de los Estados Unidos de América, y comunicaciones de Houin, Izawa, Janne d'Othée y Orione; ponencia de Nacteucci sobre "coordinación de los trabajos de las diferentes organizaciones internacionales que estudian los problemas de la unificación del Derecho privado", y ponencia de Pilotti sobre "los métodos de la unificación". La segunda parte contiene una referencia detallada, en ocasiones casi literal, de las sesiones del Congreso, de las plenarias y de las dos Secciones en que se dividió la labor del Congreso, la primera sobre "cuestiones relativas al Derecho privado en general" y la segunda sobre "cuestiones relativas a la unificación del Derecho privado".

Esta publicación hace honor al Instituto de Roma. El valor de las ponencias y comunicaciones no es, naturalmente, igual, pero las más de las ponencias y alguna comunicación tienen la dignidad de cuidados estudios monográficos. Las intervenciones de los congresistas se reproducen con diversa amplitud, pero en todo caso de modo que casi siempre se puede seguir el curso de las discusiones. En fin, puede decirse que el volumen reseñado es el más provechoso del Congreso, ya que permitirá que sus trabajos sean la base de la nueva labor.

LANGLE Y RUBIO, Emilio: "Manual de Derecho mercantil español". Tomo primero. Barcelona, Bosch, 1950. 910 páginas.

El volumen del *Manual de Derecho mercantil*, del prof. Langle, que reseñamos, comprende el estudio de las nociones generales del Derecho del comercio, el desarrollo histórico del mismo, sus fuentes y el examen de los sujetos de la relación jurídico-mercantil.

En la primera parte de la obra, al analizar el concepto del Derecho mercantil, el autor acepta la clásica definición de Rocco, si bien excluyendo de su contenido toda norma de carácter procesal.

Muy interesante es la exposición que hace de los diversos criterios que han seguido la doctrina y el Derecho positivo para delimitar la materia mercantil, realizando una fundada crítica de la moderna concepción del Derecho mercantil como Derecho de las empresas que, iniciada por Wieland y desmenuada por Mossa, ha sido introducida en nuestra Patria por mercantilistas tan ilustres como Garrigues, Polo y Uría. Cree el autor muy difícil determinar el ámbito del Derecho mercantil en base a la empresa, cuando aún está por conocer lo que ésta sea en el campo del Derecho; además, no hay que olvidar que el Derecho mercantil es una categoría histórica que vive en el espacio y en el tiempo, y para adecuar a tal doctrina nuestro Derecho positivo—un Derecho de los actos de comercio—"habría que derribar todo el edificio del Código de comercio y levantar otro de nueva planta". En definitiva, que reconociendo todos los defectos que encierra el sistema objetivo del Código de comercio español, el prof. Langle se inclina por su subsistencia, si bien aboga por una reforma parcial del mismo que dé las soluciones debidas a la organización y actividades de las empresas, que no es lo mismo que dejar a todo el Derecho mercantil encerrado dentro de esa visión parcial del fenómeno económico y jurídico del comercio.

Y es atendiendo a ese carácter histórico del Derecho mercantil como soluciona el problema de la autonomía de esta rama jurídica, puesto que lo reduce a la simple consideración de si es o no conveniente "en la actualidad" aplicar el mismo tratamiento jurídico a todas las relaciones económico-privadas, llegando a la conclusión de que es aún prematura la completa fusión de los Derechos civil y mercantil. Termina esta parte ocupándose del método y el sistema en el Derecho mercantil.

A continuación se incluyen en la obra cuatro interesantes capítulos dedicados a la historia del Derecho mercantil, materia tan abandonada generalmente por los tratadistas.

Se hace después un examen muy completo de las fuentes formales del Derecho mercantil, en especial de los usos de comercio, concepto éste que se presta a tan diversas interpretaciones; en este capítulo se examina, agrupadas por tipos o sistemas, las fuentes jurídico-mercantiles en los diferentes Estados. Gran acierto del autor ha sido incluir aquí una selecta bibliografía de los principales tratadistas españoles de Derecho mercantil.

En lo que podemos denominar parte fundamental de la obra, el profe-

sor Langle realiza un detenido estudio de los sujetos de la relación jurídico-mercantil, incluyendo en este tratado de las personas a los no comerciantes en consideración a que, por ser nuestro ordenamiento legal de base objetiva, se aplica tanto a las actividades propias del comercio profesional como a las del comercio meramente accidental.

A continuación de un capítulo dedicado al comerciante individual, ocupa la atención del autor el Derecho de sociedades, del que, a modo de ejemplo, podemos destacar la solución que apunta al problema que plantea en la práctica el artículo 1.670 del Código civil en lo referente a la legislación aplicable a las sociedades civiles con forma mercantil—problema, por otra parte, resuelto para las de forma anónima por el artículo 3.º de la Ley de 1951—en el sentido de que deben ser de aplicación preferente dos tipos de normas mercantiles: las que sirven “para dibujar tipos de sociedades” y las que ejercen función de garantía, aunque se opongan a las del Código civil. También hace jugosas alusiones a la sociedad de sociedades, a las sociedades de un solo socio y a las compañías mercantiles irregulares.

Es de lamentar que, por haber visto la luz el presente libro antes de la publicación de la Ley de sociedades anónimas de 17 de julio de 1951, no se recoja en sus páginas la legislación vigente sobre la materia, lo que no impide que la exposición doctrinal que se lleva a cabo acerca de este tipo de sociedades sea, además de muy documentada, enormemente útil. En esta parte se hacen interesantes referencias a la sociedad anónima de participación obrera, de la que se muestra partidario el autor, y a las sociedades de economía mixta, que tan gran desarrollo han tenido en España en los últimos años.

Cuando estudia la sociedad de responsabilidad limitada, el ilustre catedrático de la Universidad de Granada, tras de exponer los graves inconvenientes que ésta presenta en orden a la seguridad de los derechos de los acreedores, propugna una inmediata regulación de la misma, para que el beneficio de la limitación de la responsabilidad vaya acompañado de unas mínimas garantías para los terceros, impuestas por la Ley.

A modo de apéndice al tratado de las personas se hace un rápido pero cuidado bosquejo de los diversos tipos de uniones de empresas, completándose esta parte final con unos capítulos dedicados a los auxiliares del comerciante, agentes comerciales y a los efectos del estado jurídico del comerciante.

Cada capítulo comprende una rica bibliografía, muy práctica y orientadora para el estudioso del Derecho del comercio.

Escrito el libro con estilo ágil y claro, debemos señalar el pequeño defecto tipográfico en que, a nuestro juicio, se ha incurrido, al abusar de las abreviaturas en el texto.

En suma, la obra del prof. Langle, a más de llenar la finalidad didáctica a que en gran parte está destinada, constituye una contribución muy valiosa a la ciencia del Derecho mercantil español.

LARENZ, Karl: "Geschäfts-grundlage und Vertragserfüllung". C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München und Berlin 1951. Schriften des Instituts für Wirtschaftsrechts an der Universität Köln. Herausgegeben von H. C. Nipperdey, Köln. Band III. 178 págs.

Tema central del Derecho moderno es el del significado y los trámites de la autonomía de la voluntad. Comienza a preocupar seriamente a principios de este siglo, y las dos últimas guerras mundiales lo han llevado al primer plano de la atención de teóricos y prácticos del Derecho. No hace mucho, en el Congreso Internacional de Derecho privado, celebrado en Roma a mediados de julio de 1950, las ponencias de Meijers y Madeiros da Fonseca sobre "la fuerza obligatoria de los contratos y sus modificaciones en los Derechos modernos", dividieron a los asistentes en dos tendencias, que entonces fueron calificadas "grosso modo" de concepciones individualista y socializadora del contrato. Se admitía la posibilidad de excepciones a la intangibilidad del contrato celebrado, pero las divergencias eran irreductibles al tratarse de si la excepción podía generalizarse (1). En esta oposición de criterios jugaba, junto a la diversidad de puntos de vista doctrinales y de política social, la poderosa circunstancia de la disparidad de actitud, respecto a la cuestión, de los distintos ordenamientos jurídicos. En unos países los trastornos sociales se han tratado de remediar con disposiciones de carácter transitorio (2), mientras que en otros se ha creído preferible mantener en general la inalterada vigencia de los contratos, confiando en la capacidad de las grandes organizaciones para asegurarse a sí mismas, distribuyendo el valor del riesgo en la masa de sus operaciones. Ello no podía bastar en Alemania; la guerra perdida con sus terribles destrucciones, la división en zonas incomunicadas y la ocupación con las consiguientes requisas, desmantelamientos o desmontes de fábricas, han afectado tan duramente a las mayores empresas como a los particulares. Los Tribunales alemanes han tenido que enfrentarse con problemas tan difíciles y en parte más complicados como los que originara la inflación y la deflación, después de la primera guerra mundial. Su jurisprudencia nos ofrece una colección de supuestos tan amplia y variada como la que pudiera deear el más exigente experimentador para su laboratorio jurídico. Larenz la utiliza en su libro "El fundamento del negocio y el cumplimiento del contrato", valorándola científicamente; de ello el grande y general interés de esta obra; estudio profundo de un gran jurista (3) que

(1) INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ: *Actes du Congrès International de Droit privé*, tenu a Rome en juillet 1950, Rome 1951, págs. 99-113, 115-127, 382-400. También en este ANUARIO, III, 3 (1950), págs. 731-733.

(2) Así las dictadas al terminar la guerra civil. De especialísimo interés es la Ley de 9 le septiembre de 1939 y también la Ley de 5 de noviembre de 1940. Sobre el Derecho español, CANDIL: *La cláusula rebus sic stantibus*, 1946; BADENES: *El riesgo imprevisible*, 1946; TERRAZA: *Modificación y resolución de la resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución*, 1951, Sentencias del Tribunal Supremo de 14 diciembre 1940, 17 mayo 1942, 5 junio 1945 y 14 mayo 1952.

(3) Recordense sus obras anteriores sobre Filosofía del Derecho: *Deutsche Rechtsvernomung und Rechtsphilosophie*, 1943; *Rechts-und Staatsphilosophie der Gegenwart*. 2.^a edición 1935 (*La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, 1942, trad. de Galán

aplica la sabiduría secular de la doctrina alemana a la más amplia colección de casos clínicos imaginable, sus consideraciones, los datos aportados y las conclusiones propuestas, son una importantísima contribución para la justa solución del difícilísimo problema.

La cuestión central, dice Larenz, es ésta: "¿cuándo hay una situación tal, que para evitar una mayor injusticia sea permitido y se haga necesario el separarse de un principio jurídico tan fundamental como el de la fidelidad contractual?" (p. 3). O sea, acepta sin discusión el postulado de que hay circunstancias en que exigir el cumplimiento de un contrato sería contrario a la Justicia y que el Derecho no puede entonces ponerse al servicio de la injusticia. Lo que le preocupa es la calificación y determinación precisa de cuándo será permitida la revisión del contrato. Su estudio se enfrenta directamente con la jurisprudencia del Tribunal superior de Colonia para la zona británica, que abandonando los antiguos criterios doctrinales se ha decidido a juzgar todos los casos de esta clase con el solo criterio de la buena fe y de la equidad. Pues, dice Larenz, ello es muy peligroso, no sólo para el mantenimiento del mínimo de seguridad jurídica imprescindible, sino también para el mantenimiento del rango debido a la jurisprudencia y de la ciencia. Para evitar lo dañino de una jurisprudencia de equidad se esfuerza en la búsqueda de criterios generales, que permitan la solución racional de los casos prácticos que se planteen. Hace la reserva, sin embargo, de que siempre habrá casos atípicos, respecto de los que cualquier medida general fallará, en los que por ello la decisión según la equidad, tenidas en cuenta todas las circunstancias, será la "última ratio" (p. 78).

A tal fin, el autor utiliza lo que llama el método del "análisis comparativo del caso" (p. 4); o sea, el examen comparado de las decisiones de los Tribunales de las diferentes zonas y del Derecho (legislación, jurisprudencia y doctrina) austríaco, suizo, inglés y francés (4). Los casos prácticos le sirven para seguir una vía media entre las teorías subjetivas y objetivas. Respecto de las primeras (Windscheid, Oertmann) entiende que, aún teniendo un punto de partida cierto, son en parte demasiado amplias, en cuanto estiman como fundamento del negocio el fin que se propone el que hace el encargo, con tal que sea conocido por la otra parte, pero sin exigir (como defenderá Larenz) que ésta también la haya hecho suyo, y, por otro lado, en exceso estrechas, por referir el fundamento del negocio siempre a lo propuesto subjetivamente por las partes y no considerar lo que es lo propuesto subjetivamente por las partes y no considerar la que es

y Truyol), *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, A. C. Pr. 148, pág. 257; sobre Derecho civil: *Die Methode der Analegung des Rechtsgeschäfts*, 1930. *Zur Lehre Von der Rechtsgemeinschaft*, J. J. 83 (1-39) pág. 108. *Rechtsperson und Subjektives Recht*, 1935. *Vertrag und Unrecht*, 1937.

(4) Extraña un tanto que no se utilice el Derecho italiano, que en el C. c. de 1942 introduce el concepto de onerosidad excesiva (arts. 1.467-1.469), sobre el que ha trabajado mucho la reciente doctrina italiana. También, el art. 388 del C. c. griego. Más explicable es—por las dificultades de la postguerra—el descuido de la doctrina americana; sobre las diferencias de ésta respecto a la inglesa: *GOTTSCHALK: Impossibility of performance in contract*, 1944.

objetivamente necesario (para ambas partes) para conseguir el fin del contrato (p. 15). La dirección objetiva (Kaufmann, Krückmann, Locher) le parece insuficiente en cuanto no atiende debidamente a la faceta subjetiva y la estima exacta en cuanto ha señalado que falta la base del negocio cuando se quiebra la relación de equivalencia entre las prestaciones y cuando resulta inasequible el fin del contrato (p. 30, 75 sig.).

Los resultados de su investigación los resume Larenz en unas conclusiones, formuladas en forma de tesis y que propone como base para la futura discusión del tema (págs. 171-173). Se pueden considerar las siguientes afirmaciones básicas:

1. Es fundamento subjetivo del negocio jurídico la representación común o expectativa de ambas partes, por la que han sido guiadas al concluir el contrato. No se considera fundamento del negocio a la representación de una parte por sólo ser conocida de la otra parte. La simple esperanza de que no cambien las circunstancias en el futuro no es equiparable a la esperanza positiva en la continuación de las circunstancias presentes.

a) La falta o no continuación del fundamento subjetivo originará la ineficacia del contrato o de la cláusula.

b) La falta de continuación de las mismas aproximadamente, circunstancias personales y económicas de las partes, si es total, permitirá se excepcione que sólo hay que entregar lo que sea equitativo, dadas las circunstancias, según el módulo del contrato.

2. Se considera como fundamento objetivo del negocio, a las circunstancias y relaciones generales cuya existencia o continuidad son objetivamente necesarias para que pueda existir aún el contrato, como reglamentación con sentido pleno, según las intenciones de ambas partes (5).

Falta el fundamento objetivo en estos dos supuestos: 1.º, cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación se destruye en tal medida que ya no puede hablarse razonablemente de prestación; 2.º, cuando el fin (común) del contrato, expresado en el contenido objetivo del contrato, no se puede (y no sólo temporalmente) lograr (frustración del fin).

a) Al faltar la equivalencia, puede la parte perjudicada pedir el restablecimiento de la equivalencia y, hasta que se consiga, negarse a cumplir sus prestaciones. En caso de negativa de la otra parte, puede rescindir o denunciar el contrato. Si ha hecho la prestación que le corresponde

(5) Adviértase que el autor estima que la asistencia judicial, para el reajuste de las relaciones contractuales ("Vertragshilfe". Ord. 30 noviembre 1939 y disposiciones posteriores) no se deriva de la doctrina del fundamento del negocio y que es de naturaleza excepcional, no debiendo considerarse más que como medida transitoria (págs. 154 y sig.); el juez—dice—se le convierte en auxiliar del legislador en la tarea de superar una crisis social, pero ello no debe hacerse más que transitoriamente, pues justamente el Estado de Derecho ha de evitar que se borren los límites entre la función judicial y la gubernativa y no debe, pues, cargarse al juez de modo duradero con una misión que le es esencialmente extraña.

La nueva Ley sobre asistencia judicial ("Vertragshilfegesetz" de 26 febrero 1952, posterior al libro de Larenz, se entiende que afirma o confirma el carácter excepcional de la asistencia judicial. SAAGE: *Das neue Vertragshilfegesetz*, M. f. D. R. VI, 5 (1952) p. 257.

y la otra parte se niega a aumentar correspondientemente la contraprestación, podrá exigir una compensación por el montante del enriquecimiento.

b) En el caso de frustración del fin, el acreedor puede rechazar la prestación, ya sin objeto, y negarse a hacer su prestación, en tanto que exceda de los gastos ya hechos por la otra parte en la preparación y ejecución del contrato y que sean exigibles.

c) Un cambio no será tenido en cuenta, en los casos en que su fundamento: esté en la persona (hasta el límite de la fuerza mayor) o en el ámbito de influencia de la persona perjudicada; influya en la relación jurídica porque la parte perjudicada (al producirse) estaba en mora; pertenezca a los riesgos previsibles asumidos en el contrato.

La escueta noticia aquí dada sólo permitirá que se vislumbre la riqueza de sugerencias que este libro ofrece a sus lectores. Lo central de su tema suscita inmediatamente todos los principales problemas de la dogmática del negocio jurídico. La cuestión previa de la admisibilidad de la cláusula "rebus sic stantibus" va unida a la de la naturaleza de la causa en los negocios bilaterales y en especial en los de tracto continuado, pues el mantenimiento rígido de la invariabilidad de las prestaciones previstas significaría la adulteración del tipo de negocio: la asunción de un "alea" al asegurarse el cumplimiento de la prestación, sea cual fuese el valor futuro o la posibilidad de la contraprestación. El llamado fundamento subjetivo del negocio plantea la difícil cuestión de la distinción y conexión entre el error sencillo y el error común, la de la condición implícita y la de los límites de la interpretación del negocio. El llamado fundamento objetivo del negocio lleva consigo la necesidad de responder a preguntas tan complejas como las de la falta de causa sobrevinida, el alcance de la "condictio" en tal caso y la imposibilidad del cumplimiento. Por todo ello la obra de Larenz exige un estudio meditado y hasta minucioso; pero, sean cualesquiera los reparos que se ofrezcan sobre cada una de las opiniones en ella sostenidas, es indudable que habrá de ser considerada como importante aportación para la tan necesaria reelaboración de la doctrina del negocio jurídico.

F. de C.

MAROI, Fulvio; PASTINA, Domenico: "Codice delle leggi agrarie".
Dott. A. Giuffrè-Editore. Milano, 1951. 1855 páginas.

Hacer hoy en día una compilación de leyes es tarea de paciencia y dificultad; recoger las disposiciones vigentes en Italia en materia de agricultura, dado lo "imponente del número" de las leyes vigentes y los muchos preceptos reglamentarios perdidos en el farrago de las colecciones legislativas oficiales ha debido ser labor delicada y fatigosa, y basta para convencerse de ello repasar los cientos y cientos de disposiciones legales que forman el contenido de este "Codice". Esta masa enorme ha sido ordenada sistemáticamente y desmenuzada en un detallado índice analítico, de

modo que se haga fácil y hasta cómoda la consulta y el manejo de la recopilación.

Se ha cuidado especialmente la ordenación de la materia: se ha pensado—se dice en el prefacio—que la sistematización pondría en evidencia lagunas y discordancias legales y, sobre todo, que ella permitiría trazar las líneas de una construcción sistemática de toda la vasta materia agraria, hasta convencer de que las diversas regulaciones no son miembros separados, sino que forman “los elementos de un armonioso mosaico” del que el legislador a menudo es el artífice inconsciente. Y añade que en la recopilación ofrecida está ya en embrión el esquema de una ley orgánica de la agricultura, la que años pasados propusiera la benemérita *Rivista di diritto agrario*, del profesor Bolla, y que sigue siendo la aspiración de los estudiosos del Derecho agrario.

Desde hace algún tiempo se ha generalizado la convicción de la importancia decisiva que para la paz social y para el bienestar económico de un país tiene la justa regulación jurídica de todo lo concerniente al campo; plurales y diversos han sido los proyectos de reformas legislativas y de alto interés los ensayos realizados, pero no puede olvidarse que queda mucho y urgente por hacer. La obra dirigida por Maroi es una buena fuente informativa, que acerca y permite conocer al detalle la experiencia italiana; de sus propósitos, de sus aciertos y hasta de sus posibles errores pueden extraer muy rica enseñanza los especialistas de Derecho agrario de todos los países.

F. de C.

M. CABAL, Fermín: “El procedimiento administrativo y sus formularios” (Manual de formularios administrativos). Editorial Cabal Oviedo, 1951; 717 págs.

Como dice el propio autor, es amplísimo el campo administrativo, y esa amplitud impide conocer fácilmente su verdadera aplicación. Pero consciente de lo ambicioso del propósito, manifiesta que se limita a estudiar tramitaciones de más corriente uso.

Es una obra fundamentalmente práctica, dirigida más a los Procuradores y Gestores administrativos que a los Letrados en ejercicio, si bien para éstos puede significar una orientación, sin perjuicio de más tarde profundizar en las cuestiones que les son sometidas.

El sistema seguido por el autor es el de, con referencia a cada Departamento ministerial, ocuparse de su organización, para a renglón estudiar la tramitación de los expedientes referentes a cada una de las organizaciones que la integran. En las tramitaciones incluye formularios que facilitan la labor del que utiliza la obra.

Complemento necesario de una obra de tal carácter es el índice por materias inserto al final de la obra, seguido de un completo índice alfabético que permite navegar con seguridad por las densas páginas que lo integran.

J. H. C.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, Dirección General de Relaciones Culturales: "Índice Cultural Español", núms. 72, 73 y 74. Enero-marzo 1952.

Con su amplio sumario comprensivo de teología, filosofía, estudios bíblicos, estudios eclesiásticos, derecho, economía, sociología, letras, historia, geografía, medicina, ciencias y técnica, música, cultura islámica y noticias de Hispanoamérica y otros países, nos ofrecen los números 72, 73 y 74, correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo de 1952, del "Índice Cultural Español", una acabada visión de las actividades en cada una de estas materias.

PINTO COELHO, José Gabriel: "Lições de Direito comercial", fasc. I. "Obrigações mercantis em geral", fasc. II. "Obrigações mercantis em especial", ed. del autor. Lisboa, 1952.

El Prof. Pinto Coelho, "caput scholae" de los mercantilistas lusitanos, brinda a sus alumnos del cuarto año jurídico de la Universidad de Lisboa un magnífico compendio de sus explicaciones de cátedra durante el curso académico 1951-1952.

Una diáfana claridad de exposición reveladora de las altas dotes pedagógicas del "Lente" curtido en la docencia, la precisión en los conceptos, el sentido práctico y siempre vivo de la enseñanza, junto a la continua preocupación por abordar en todo momento los más palpitantes y graves problemas del moderno Derecho Mercantil, son las cualidades más salientes que adornan la obra que reseñamos.

En el fascículo primero el autor da una visión general de la relación jurídica obligatoria mercantil. Con pinceladas de verdadero maestro, nos pinta un completísimo cuadro de conjunto, del que no se sabe qué admirar más, si la precisa técnica del cultivador del Derecho o el arte depurado del prudente que sabe dar una forma bella a sus más sutiles concepciones.

Del fascículo segundo llaman la atención las páginas que el Profesor Pinto Coelho dedica a las sociedades comerciales. Y tal vez sea el capítulo consagrado a la fusión de sociedades el más interesante y mejor ensamblado de toda la obra.

Ojalá que el ejemplo cunda entre nosotros y que, como en otros países, se publiquen más a menudo cursos de lecciones, convenientemente revisados, que faciliten el aprendizaje de los alumnos y la clara visión de los estudiosos.

Nos consta, porque lo vimos de cerca, cuantos sacrificios y desvelos tuvo que afrontar el maestro, ya en la cumbre de su larga labor universitaria, para llevar a cabo una empresa que, de seguro, sabrán agradecer las generaciones venideras.

Y la autorcha que hace lustros empuñó gallardamente el Prof. Pinto Coelho continuará brillando con resplandores siempre nuevos.

QUINTANO, A. y HEILPERN, I.: "Diccionario de Derecho Comparado Alemán-Español". Madrid, Ed. Rev. Derecho Privado, 1951; 743 págs.

Obra de extraordinario mérito la que reseñamos. Para los que conozcan la caprichosa exactitud de la terminología jurídica alemana, no es necesario advertir la dificultad que encierra el haber dado cima a empeño de la naturaleza del presente.

Los autores ofrecen al jurista una muy completa compilación de voces jurídicas alemanas, recogidas y vertidas al castellano con paciencia y maestría envidiables. Su labor ha de ser de gran utilidad tanto para quien esté familiarizado con el alemán jurídico, como para quien, conocedor del idioma, haga sus primeros intentos de conocimiento, y manejo correcto de la terminología jurídica. La riqueza de sinónimos de la lengua germana y lo peligrosísimo de su utilización en el terreno científico, encarecen aún más el mérito de los señores de Quintano.

Para apreciar su trabajo con objetividad, es preciso tener bien presente la finalidad del mismo: va dirigido al jurista en general, no al especialista en una determinada disciplina jurídica, lo cual, como los propios autores manifiestan, justifica y disculpa las omisiones que en el Diccionario pudieran notarse. Sin embargo, las distintas especialidades jurídicas tienen en él, una más que suficiente representación.

El Diccionario propiamente dicho va precedido de una Bibliografía léxico-gráfica, de una lista muy completa de abreviaturas jurídicas alemanas y seguido de un vocabulario alemán español y de ciertas adiciones complementarias.

Más que gramáticos, juristas, los autores han preferido, a nuestro juicio con gran acierto, en ciertas ocasiones sustituir la traducción por la descripción. Razones de claridad y falta de equivalencia, bien frecuente entre ambos idiomas, aconsejaban tal medida.

No quiero terminar sin enviar mi sincera felicitación a los autores y sin aconsejar al que utilice su Diccionario que vea en él lo que pretende ser y cumplidamente es: una excelente ayuda para el jurista, a secas, que tenga que manejar la terminología jurídica alemana.

La obra está dotada de una esmerada presentación, y constituye un acierto tanto el tipo como el tamaño de la letra.

Carlos MELON INFANTE
Profesor ayudante de Derecho civil.

RODRIGUEZ AGUILERA, Cesáreo: "Manual de Derecho de Marruecos". Prólogo del Excmo. Sr. D. Manuel de la Plaza. Editorial Bosch. Barcelona, 1952; 301 págs.

Obra de un especialista, refleja en todo su contenido tal carácter. Una visión de conjunto del Derecho de Marruecos, era una laguna que se dejaba sentir en nuestra literatura jurídica, laguna que ha sido llenada con claridad y sistema por el autor.

Hasta la aparición de este nuevo libro, contábamos, bien con obras monográficas dedicadas a aspectos parciales de la legislación marroquí, o bien con obras que debido a estar sujetas a las contestaciones de un programa de oposición, no podían profundizar en materias a las cuales aquél no se refería.

En tres grandes partes, correspondientes a los tres libros en que divide su obra, nos ofrece una visión de la organización política del Derecho indígena, para terminar con el estudio del Derecho hispanojalifiano.

En el libro I, que, como queda dicho, se refiere a organización política, examina el Protectorado, el régimen de capitulaciones, haciendo especial mención de la zona de Tánger, a la cual tan profundamente nos sentimos ligados los españoles.

El libro dedicado al Derecho indígena, comienza por el estudio de los diversos ordenamientos jurídicos, la división territorial del país, la naturaleza de las fuentes, la dualidad jurisprudencial, para estudiar seguidamente el *cheraa*, el *majzen*, el Derecho hebreo y el Derecho bereber, mencionando para cada uno de ellos su concepto y viendo el aspecto práctico de su admisión en cuanto hace referencia a la Administración de Justicia.

Entrando ya de lleno con el Libro III en el Derecho hispano-jalifiano, comienza por examinar su concepto y fuentes, haciendo especial mención del *qatir*, para seguir con el estudio de los Tribunales de Justicia, y ya en los análisis especiales de las distintas ramas del Derecho se ocupa del Derecho Civil, del Derecho Inmobiliario, del Derecho Mercantil, del Derecho Laboral, del Derecho Penal, del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal.

Acompañan a tan interesante obra una extensísima biografía, puesta al día, con objeto de que la obra no sea simplemente para el profesional del Derecho, sino que sea elemento fundamental en el estudio; dedica las últimas páginas a concordar las materias que lo constituyen con los programas de las oposiciones a las que en mayor número concurren los Licenciados en Derecho, tales como son Judicatura, Notarías, Registros de la Propiedad, Abogados del Estado.

J. H. C.

Revistas

I. Derecho civil

1. Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

BALLARIN, Alberto: "El patrimonio familiar enajenable y embargable". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 188, 1952; páginas 7-10.

Carácter esencial del patrimonio familiar es su indivisibilidad; el patrimonio familiar podrá transmitirse, embargarse, ser objeto de prescripción, pero siempre como unidad; de este modo se frena su comerciabilidad, sin impedirla, y se evita el inconveniente de la falta de crédito que rodea al patrimonio familiar inembargable. Es necesario crear un régimen jurídico nuevo, un clima especial que le permita desarrollarse fuera del ámbito del Código civil, poco propicio para recibir estos cuerpos que le son extraños. Aboga por una Ley sobre el patrimonio familiar, que puede ser trascendental para el futuro Derecho privado español.

BARBOSA, Rui, y BEVILAQUA, Clovis: "El Derecho privado brasileño. Aspectos generales de su evolución en los últimos cincuenta años". Revista Forense, 578, 1951; págs. 358-363.

Los primeros años del siglo xx se caracterizaron en la cultura jurídica brasileña por dos experiencias de importancia singular: la elaboración del Código civil y la interpretación de la Constitución. Son características fundamentales de su evolución la expansión económica y el intervencionalismo del Estado.

BARBOSA DE MAGALHAES: "La revisión general del Código civil portugués, la autonomía del Derecho comercial y el problema de la codificación". Revista Forense, 578, 1951; págs. 364-388.

El Código civil portugués, que cuenta ya con 81 años de existencia, ha tenido como todas las obras sus panegiristas y detractores; sin adoptar ninguna de estas posiciones extremas, estima que, sin embargo, puede

ser objeto de una revisión, que examina, en primer lugar, por lo que hace referencia al Derecho mercantil, en relación con el cual estima que su autonomía es injustificada, injustificable e inconveniente, ya que día a día se van confundiendo los límites, siempre inciertos y variables, que hasta ahora se había procurado establecer bien doctrinal o bien legislativamente entre el Derecho civil y el mercantil, y que a las tendencias legislativas actuales miran más bien hacia la unificación del Derecho privado.

DOURADO DE GUSMAO, Paulo: "La situación actual del pensamiento jurídico". *Revista Forense*, 578, 1951; pág. 389-395.

Examina las tendencias del pensamiento jurídico contemporáneo haciendo especial hincapié en la que defiende la interferencia de la *regla moral* en el Derecho. Destaca, cómo otro medio por el cual se pretende suavizar los efectos anti-sociales del Derecho de sentido individualista es la idea del abuso del derecho, ya que los juristas actuales reconocían que no bastaba la prohibición de los actos emulativos en los cuales el titular ejerce el derecho sin interés alguno con el único fin de perjudicar a otro, sino que era necesario atribuir una función social al derecho subjetivo de modo que el titular no se sirviera del ordenamiento jurídico para fines antisociales. Por último, señala las tendencias actuales en orden a la contratación dirigida, la relatividad de los contratos, la interpretación de la Ley y de la denominada crisis del derecho, estimando que en verdad de lo que se trata no es de una crisis del derecho, sino de una crisis de una concepción del mundo, no pudiendo, en consecuencia, hablarse de crisis del derecho, sino solamente de crisis de un derecho, de una forma de derecho, de una ideología jurídica.

ESPUNY GOMEZ, Tomás: "Perfil y límites del enriquecimiento infundado". *Revista Jurídica de Cataluña*, 1, 1952; págs. 42-58.

El que invade con sus actos el área protegida de los derechos de otro, se enriquece a sus expensas. Define el enriquecimiento infundado como desplazamiento patrimonial que ni quebranta la norma jurídica ni está amparado por ella; son sus elementos: enriquecimiento, empobrecimiento, correlación, falta de colisión con la norma y ausencia de norma legitimadora. El efecto fundamental es la restitución con sus naturales secuelas de la cuantía y el objeto. Concluye afirmando que la acción por enriquecimiento infundado permite el imperio de la equidad cuando la norma no basta a mantenerlo; es patente la universalidad de su aplicación a cualquiera de las perturbaciones jurídicas; sin embargo, debe usarse aquella acción como un último remedio, cuando las demás que el Derecho concede no basten a dar satisfacción.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "Los Derechos extranjeros en la interpretación del Ordenamiento Nacional". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 181, 1952; págs. 7-9.

Aun admitida la idea de que la confrontación de los varios ordenamientos jurídicos extranjeros, puede ser instrumento apto para el mejor entendimiento del propio, no existe acuerdo sobre la órbita del nuevo método, a pesar de que en las compilaciones modernas se advierte el esfuerzo de conciliar las Instituciones jurídicas autóctonas con las orientaciones que el Derecho comparado brinda, subsistiendo tan sólo el problema de los límites. Reconoce las dificultades que la adopción del método comparativo puede ofrecer en la vida cotidiana de los Juzgados y Tribunales. El Juez, ante un problema de reenvío, y el Registrador y el Notario, situados ante una cuestión de capacidad, los aplican sin dificultad alguna. Basta, pues, para obviar la mayor parte de aquéllas, con aplicar la misma técnica a la interpretación de la norma nacional como instrumento adecuado para contribuir a una solución más justa y más técnica.

JIMENEZ BRUNDELET, Enrique: "Cómputo civil y cómputo natural de los meses". *Nuestra Revista*, 382, 1952; págs. 3-6.

Al disponer el artículo 7.º del Código civil que se entenderá que los meses son de 30 días, quiere decir solamente que se han de traducir los meses en días y no contar ya más que días en el calendario. El reputar que los meses son de 30 días y, sin embargo, contar enteros los meses reales, lleva al mismo resultado práctico que si se hubieran designado éstos por sus nombres, equiparando así los efectos del cómputo civil y del natural, y el criterio acertado es, precisamente, operar traduciendo primeramente a días los meses del plazo, a razón de 30 días cada mes, para contar después el total de días sin interrupción desde el momento inicial del plazo, según los que cada mes tenga realmente.

SCHMITT, Car: "Sobre las tres modalidades científicas del pensamiento jurídico". *Boletim do Ministerio de Justiça*, 26, 1951; págs. 5-39.

Tiene gran importancia averiguar cuál es el tipo científico del pensamiento jurídico adoptado por cada pueblo y época. Las razas y las naciones provocan diferentes tipos de pensamiento, con el predominio de uno de ellos puede unirse el poder espiritual y político que los gobierna. Para la determinación científica de las modalidades del pensamiento jurídico ofrece gran interés el conocimiento de cuáles sean las representaciones básicas manifestadas por el ordenamiento total; de esas representaciones depende que en un momento dado el pueblo se caracterice en una situación considerada como normal.

2. Derechos reales

A cargo de José María DESANTES GUANTER

BASSI, Felice: "Della comproprietà automobilistica". *Nuova Rivista de Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, IV, 9-12; páginas 105-107.

Plantea el problema de las normas que, en defecto de regulación específica, deben aplicarse a la copropiedad de los automóviles. La duda versa sobre la aplicación de las normas civiles relativas a la copropiedad de bienes muebles o a las que en Derecho marítimo regulan la copropiedad del buque. Se inclina por la segunda solución por tratarse, en Italia, de bienes registrados y afectos al transporte. Pero con la reserva de determinadas excepciones como la divisibilidad en cuotas, contraria al principio de Derecho marítimo.

DE BOOR, Hans: "La sviluppo della tecnica ed il diritto d'autore". *Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, IV, 9-12; págs. 268-274.

La aparición de los nuevos medios de comunicación ha abierto un campo insospechado a la extensión de las obras del espíritu. A los autores les ha permitido una mayor y más rápida difusión de sus ideas, pero les ha puesto en el trance de ver más fácilmente violados sus derechos y limitados sus beneficios económicos. Las diversas legislaciones se encuentran en etapas diferentes de desenvolvimiento: las más modernas, como la italiana (ley de 22-IV-1941), los toman en cuenta; las antiguas, como la alemana (ley de 19-VI-1901), se han visto desbordadas por la técnica. Las soluciones han de darse también diversamente. El camino a seguir no puede ser la prohibición de los nuevos medios, sino su condicionamiento al permiso y devengo de derechos, habida cuenta de la naturaleza del medio empleado: gramófono, cine, radio, televisión, fotocopia, microfilms, magnetófono, dictáfono, etc.

ESQUIUS AISINA, Juan: "¿La extinción del usufructo extingue el contrato de arrendamiento?". *Revista de Derecho Procesal*, VII, 3; páginas 531-503.

Basándose en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y en una interpretación sistemática de la legislación especial arrendaticia pasada y presente, en relación con el Código civil, no derogado en su artículo 480 por precepto alguno de la legislación especial, ni expresamente ni en su espíritu, se defiende la tesis de que el contrato de arrendamiento celebrado por el usufructuario se extingue a la muerte de éste.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "Revisión de la legislación de foros". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, VI, 185; págs. 3-5.

El régimen moderno de los foros, subforos y otras cargas reales análogas, aunque tiene arraigados precedentes históricos, adolece actualmente de falta de una legislación completa y clara. Entre otras normas, rige actualmente el Real Decreto de 25 de junio de 1926 y su Reglamento de 23 de agosto de 1927, que contienen dos normas que estuvieron justificadas en el momento de su promulgación, pero carecen actualmente de razón de existencia. La primera se refiere a la suspensión de prescripción extintiva en cuanto a las anualidades vencidas o que venzan en lo sucesivo "hasta que se restablezca la normalidad en los pagos", que juzga el autor ya rebasada. La segunda, la existencia de unos Tribunales especiales de composición mixta: Juez, Registrador y Notario del Partido. Se aboga por su supresión, en aras de la unificación jurisdiccional y la escasa eficacia práctica.

GARCIA DIAZ, Guillermo J.: "El título perfecto en el dominio". Revista del Notariado, 598; págs. 261-270.

Considera como título perfecto la causa jurídica que da a su titular una garantía legal de la inmutabilidad del libre y efectivo ejercicio de su derecho, con determinados requisitos de fondo y forma. Esta noción no está de acuerdo con la de la Jurisprudencia argentina, que combate por su falta de absolutividad. Estudia la prescripción como medio de perfeccionar los títulos y los títulos perfectos constitutivos y transmisores, concluyendo un sistema doctrinal que, al obtener la perfección en la titulación, ofrezca una verdadera estabilidad en el derecho privado de dominio.

GAS, Francisco J.: "Régimen jurídico del enjambre". Revista jurídica de Cataluña, 2, 1952; págs. 120-128.

Estudio de la acepción legal, concepto y naturaleza jurídica del enjambre como entidad de carácter colectivo, susceptible de apropiación y de utilidad patrimonial. Expone sus antecedentes históricos, el derecho sustantivo actual con la problemática y exégesis del artículo 612 del Código civil, el régimen de excepción en Cataluña y Navarra, algunas consideraciones de Derecho comparado y de las disposiciones administrativas españolas y tratados internacionales. Se concluye de todo ello la anárquica, insuficiente y arcaica regulación del Código civil.

JORDANO, Juan Bautista: "Perspectiva histórica de la Fiducia". Foro Gallego, X-79; págs. 11-33.

Estudia el desenvolvimiento de la Fiducia en Derecho romano, ciñendo el tema principalmente a la causa del negocio fiduciario, o, más propia-

mente, del "scopus fiduciae". Ve en la fiducia romana dos etapas: aquella en que atendió a las necesidades económico-sociales, que después fueron satisfechas por otros contratos (Fiducia originaria o necesaria) y conviviendo con ellos en el tiempo para alcanzar finalidades aún no satisfechas (Fiducia residual o voluntaria). La segunda es la que ofrece verdadero interés para la problemática actual de la "causa fiduciae".

LAZCANO, Carlos Alberto: "Extraterritorialidad de las expropiaciones".

La Ley, 4 de diciembre de 1951; págs. 1-3.

Sostiene el autor, fundándose en la doctrina y en la orientación moderna de la Jurisprudencia, que toda medida de expropiación, nacionalización o apropiación por el Estado, dispuesta por un Gobierno ocupante de territorio extranjero, carece de extraterritorialidad, siempre que tenga carácter confiscatorio o quiebre los principios fundamentales del Derecho.

MARTIN LAPLAZA, I.: "Hipoteca de cobijo". Nuestra Revista, 289; páginas 2-3.

La escasez de viviendas ha traído la consecuencia de la aparición de nuevas figuras jurídicas que pueden considerarse facultades, como la percepción de una cantidad de valuación del piso o local ocupado al hacerse la cesión, subarriendo o traspaso del mismo. Siendo teóricamente separable de cualquier otra facultad dominical y materialmente valuable puede darse en garantía del cumplimiento de una obligación: hipotecarse. La dificultad estriba en que para hipotecarse es necesario que el derecho esté inscrito.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANTU

CAMPOY GARCIA, Antonio: "Unos interrogantes acerca de la aparcería rústica concertada sobre fincas de un pupilo". Revista general de Derecho, 88, 1952; págs. 12-20.

"Al sobrevenir la extinción de la tutela y adquirir o recuperar el ex pupilo la libre disposición de sus bienes, quedando constituido en persona "sui iuris", parece como si se alzarán serios obstáculos para la forzosa aceptación de un negocio "esencialmente personal" originado mientras duró aquel estado de protección, ya que no debe vincularse a los propietarios de las fincas con relaciones contractuales basadas primordialmente en la lealtad, contraídas por quienes sólo tuvieron sobre ellas una admi-

nistración temporal, más o menos larga, que al desaparecer debe producir la cancelación de las mismas en el supuesto de que el titular propietario, que no eligió personalmente el aparcerero labrador, no esté dispuesto a llevar con él el cultivo de una finca para la que prefiere un coadyuvante identificado con sus directrices y modo de actuar."

CERRILLO QUILEZ, F.: "El subarriendo de locales de negocio". *Revista de Derecho mercantil*, 36, 1951; págs. 371-399.

Tras definir este contrato, lo diferencia de la cesión total, parcial y del goce gratuito, señalando cómo en el campo de los principios el subarriendo de locales de negocio exigirá siempre la autorización expresa y escrita del arrendador. Se ocupa de las relaciones del arrendatario con el subarrendatario, y del arrendador con el arrendatario y subarrendatario de las causas de resolución del contrato de arriendo para detenerse, con especial cuidado, en los supuestos de fraude a la Ley, existente en aquellos casos en que se otorgan contratos simulados con el fin de burlar la protección legal.

CERRILO QUILEZ, F.: "Subarriendo de locales de negocio". *Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán)*, 2, 1951; págs. 9-31.

La materia es la misma que se publica en la *Revista de Derecho mercantil* núm. 36, de 1951, de la cual damos cuenta en esta misma Sección.

GALVAO TELES, Inocencio: "Aspectos comunes a los varios contratos". *Revista Forense*, 501, 1951; págs. 37-63.

La reseña de este artículo ya fué publicada cuando apareció en el *Boletín del Ministerio de Justicia (Lisboa)*.

GOMES, Orlando: "Distinción entre lesión y usura". *Revista Forense*, 579, 1951; págs. 26-30.

La confusión entre lesión y usura deriva de una interpretación imprecisa de un precepto del B. G. B. que conduce a una extensión inadmisibles del concepto de lesión. Ello determina la necesidad de una corriente que parta de la distinción entre usura y lesión, centrándose en el establecimiento de medidas represivas de aquélla, tanto en el campo del Derecho penal como en el del Derecho civil, ya que en éste es preciso encontrar un límite más definido del que deriva de la vaga noción de buenas costumbres del Derecho alemán, unificando la represión en forma

sistemática, lo mismo cuando la víctima es un individuo que cuando lo es una Comunidad, con las indispensables graduaciones.

HIDALGO, Manuel: "Conclusión y prórroga de los contratos de arrendamientos rústicos". *Abogados*, 1 y 2, 1952; págs. 10-50.

Los contratos de arrendamiento de fincas rústicas concluyen o se extinguen por el transcurso de su término legal de duración o por el contractual si fuera mayor. En todo caso han de ser respetados los plazos mínimos de duración legal. No es válido ni el pacto en contrario ni pretender su encubrimiento confesando que la naturaleza de la finca es distinta de la real. Se trata de materia institucional que no puede ser burlada por los contratantes. La duración legal de los contratos está hoy regulada en los artículos 2.º de la Ley de 28 de junio de 1940 y en el 6.º de la Ley de 23 de julio de 1942.

MOLINA, Enrique: "Cuestiones que suscita la aplicación de los artículos 82 y 89, y Disposición transitoria 10.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos". *Revista General de Derecho*, 88, 1952; págs. 21-26.

Aparte de las que suscita la forma en que debe hacerse la notificación, estima que no puede llevarse a cabo una interpretación puramente gramatical de la disposición 10.ª, sino que en su aplicación en relación con el art. 89, se llega a la conclusión de que si el propietario arrendador que promueve la acción ha adquirido el fundo antes del 1 de febrero de 1944, ha de someterse a la disposición de referencia, y si, contrariamente, ha adquirido dicho fundo después del 31 de enero del mismo, pero antes de entrar en vigor la actual Ley de Arrendamientos Urbanos, también se somete a la expresada Disposición transitoria; pero si la adquisición se efectuó después de empezar a regir dicha Ley de Arrendamientos, el plazo se rige nuevamente por el artículo 89 y, en consecuencia, es el de un año.

PASCUAL NIETO, Gregorio: "Los contratos de espectador y guardarropas en los cinematógrafos". *Revista General de Derecho*, 88, 1952; páginas 2-11.

Define el contrato de espectador como un contrato bilateral y oneroso en virtud del cual una persona arrienda una determinada localidad, comprometiéndose a la vez a la ejecución o proyección de un determinado programa cinematográfico. En relación con el mismo, se ocupa de los elementos personales y reales, así como del precio y de los derechos y obligaciones de cada una de las partes.

Define igualmente el contrato de un guardarropa como contrato real, civil oneroso o gratuito y bilateral o unilateral, según que exista o no remuneración, distinguiéndose la remuneración contractual de la propina: La primera hace que un contrato sea bilateral y oneroso; la segunda, no, siendo donación remuneratoria. Entre los elementos estudia los personales, reales y formales, estimando que el empresario está obligado a devolver la cosa, aun sin la presentación de la ficha; cuando en perjuicio del espectador la Empresa se apropiare o negare haber recibido el depósito, es aplicable el artículo 535 del Código penal.

PIÑEL MIGUEL, Marcelino: "Cuestiones sobre arrendamientos urbanos. De la causa segunda de excepción a la prórroga forzosa del contrato". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 183, 1952; páginas 7-10.

Una de las causas de excepción a la prórroga forzosa de los arrendamientos es el propósito del arrendador de derribar el edificio para reedificar otro, que cuente por lo menos con un tercio más de viviendas. Pero en la práctica el desarrollo que de este precepto se hace en la misma Ley de Arrendamientos Urbanos determina una serie de problemas que se agudizan más cuando el arrendatario lo es de local de negocio. Las medidas cautelares tomadas por la Ley no son siempre eficaces, ya que no siempre los gobernadores fijan plazo de caducidad al otorgar las licencias de derribo, no queda absolutamente claro el plazo para que el arrendador ejercite las pertinentes acciones de desahucio contra los arrendatarios o inquilinos que no hayan desalojado el inmueble, no obstante haber transcurrido el año de preaviso; tampoco se establece, en orden a los plazos gubernativo y legal, sobre el momento en que el propietario deba de comenzar las obras de construcción, ya que sólo se refieren a las de demolición. Todo ello le hace pensar que el legislador fué un tanto optimista al reglar esta causa segunda de excepción a la prórroga de los contratos de arrendamiento, pues creyó que el principal interesado era el arrendador y no estableció previsiones para el caso de que el propósito demoledor no fuera serio y constituyera sólo una simulación para perjudicar al arrendatario.

PLANS SANZ DE BREMOND, José María: "Subarriendo, convivencia y comunidad". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 6, 1951; págs. 674-686.

Uno de los puntos más debatidos de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha sido el artículo 27, por representar algo así como el estatuto del inquilino, en carta de libertad para disponer de la vivienda; sin embargo, este precepto es poco afortunado por emplear una imagen verbal

retorcida. Se ocupa, a continuación, encomiando los problemas que plantean, del subarriendo, la convivencia y la comunidad, señalando cómo estos dos últimos difieren entre sí, como el accidente de la sustancia; la convivencia es un modo; la comunidad, en cambio, una relación jurídica típica, una institución regulada en los artículos 392 y ss. del Código civil.

SALAZAR OCHARAN, Jesús: "El derecho preferente del copropietario en la Ley de Arrendamientos Urbanos y la propiedad horizontal del artículo 396 del Código civil. ¿Es verdadera copropiedad la del piso a los efectos del retracto?" *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 189, 1952; págs. 5-9.

La reciente disposición ampliando los plazos para ejercitar los derechos de tanteo y retracto, así como la ampliación que en favor de los arrendatarios se hace de este derecho cuando se trate de la venta de una casa por pisos o de división de un proindiviso, da lugar a que el autor, en una mirada retrospectiva, se ocupe de los antecedentes del artículo 396 del Código civil y su modificación por Ley de 26 de octubre de 1939. Estima que el artículo 66 de la Ley de Arrendamientos Urbanos contraría el fin perseguido con la propiedad horizontal, de facilitar el acceso de los arrendatarios a la propiedad, para así completar la protección social que, como norma de conducta básica, se inspira a la generalidad de los regímenes políticos hoy existentes.

4. Derecho de familia

A cargo de José María CODINA CARREIRA

BARREIRA, Dolor: "Da condição jurídica dos filhos adulterinos no Direito brasileiro". *Revista Forense*, 581, 1951; págs. 23-36.

Estudia la condición jurídica de los hijos adulterinos en el Derecho brasileño, agrupando en cuatro períodos los sistemas legislativos por los que ha atravesado esta materia, que generalmente ha sido tratada con cierta antipatía. Termina resumiendo su situación en la actualidad de la forma siguiente:

1.º Podrá ser reconocido, disuelta la sociedad conyugal, esto es, por muerte o anulación del matrimonio.

2.º Podrá ser legitimado por subsiguiente matrimonio de sus progenitores.

3.º Podrá ser adoptado por sus padres, si éstos no tienen prole legítima o legitimada.

4.º Una vez reconocido, tiene derecho a la sucesión de sus padres en las mismas condiciones que el hijo legítimo o legitimado, si éstos no exis-

tieran, o, en caso contrario, recibiendo por lo menos la mitad de la herencia que el hijo legítimo o legitimado tuviera que recibir.

Y por último, puede obligar a sus padres a que le presten los alimentos necesarios.

GRANILLO, Arturo: "Sociedades entre esposos". Boletín del Instituto de Derecho Civil (Córdoba-Argentina), 3-4, 1949; págs. 295-415.

Se refiere a los problemas que se plantean con la vigencia de la Ley argentina número 11.357, llamada de los "derechos civiles de la mujer", en relación con lo preceptuado en el Código Civil, respecto a si los cónyuges están habilitados para concertar *entre sí* sociedades civiles o mercantiles.

Después de un dilatado trabajo, en el que examina las sociedades entre esposos a través de la doctrina y de las legislaciones extranjeras, considera que la posibilidad de que los esposos formen entre sí exclusivamente, o con otras personas, sociedades civiles o mercantiles, se encuentra condicionado a la naturaleza particular del régimen económico matrimonial, a las características peculiares del contrato de sociedad y a la capacidad amplia de la esposa para formar sociedades sin necesidad de autorización marital. Estima que tales condiciones se observan en la citada Ley número 11.357, por lo que a partir de su vigencia son admitidas en la legislación argentina esta clase de sociedades formadas por los cónyuges.

LACRUZ BERDEJO, José: "Estructura del acto de constitución de dote". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1-2, 1951; págs. 51-62.

Se refiere a la estructura del acto de constitución de dote, que estima muy poco tratado por la mayoría de los autores patrios, y examina especialmente, por ofrecer mayores dificultades, la naturaleza de la constitución de dote por parte de un tercero.

Siguiendo a Todeschi, considera que aunque no pueda constituirse una dote sin la voluntad de la mujer o contra ella, porque el consentimiento de ésta es siempre necesario, ya que el negocio no puede celebrarse sin la asistencia de las tres partes interesadas, pero existiendo ese consentimiento nada se opone a que la constitución pueda ser hecha directamente por el tercero.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: "Onerosidad y gratuidad en la constitución de la dote". Revista Jurídica de Cataluña, 1, 1952; págs. 3-22.

Considera que la cuestión de la onerosidad o gratuidad en la constitución de la dote tiene especial importancia para determinar si puede exigirse la garantía, caso de evicción o vicios jurídicos o materiales ocultos,

por el constituyente, y para establecer las condiciones de ejercicio de la acción pauliana, refiriéndose concretamente a este punto, que estudia de tenidamente y en el que llega a las siguientes conclusiones:

La constitución de dote no es siempre y del todo, en el derecho de nuestro Código civil, un acto lucrativo, ni tampoco es un negocio siempre y totalmente oneroso, teniendo que distinguir para calificarlo, si la constitución ha tenido lugar antes (considerada como donación pura y simple) o después del matrimonio, y en este caso hay que tener presente si se realiza por un tercero (la relación entre éste y el marido es a título oneroso, y entre aquél y la mujer, a título lucrativo), por el marido (a título lucrativo) o por la propia mujer (a título oneroso).

OLIVEIRA, João de: "Filhos adulterinos reconhecidos: natureza do direito econômico que a lei lhes confere". Revista Forense (Brasil), 573; págs. 40-45.

Se refiere a la situación hereditaria de los hijos adulterinos reconocidos voluntaria o judicialmente al amparo de lo preceptuado en la Ley brasileña número 883, de 21 de octubre de 1940.

Considera que dicho reconocimiento no les concede el carácter de herederos, sino que les facilita un *derecho económico a título de amparo social*, que equivale a la mitad de la herencia que le corresponda al hijo legítimo o legitimado.

QUINTANA, Lorenzo: "Unos conceptos claros acerca de las causas de declaración de nulidad de un matrimonio canónico". Revista Jurídica de Cataluña, 5, 1951: págs. 428-441.

Se trata de un estudio sobre la impotencia como impedimento dirimente, y que forma parte de una serie de artículos sobre las causas de nulidad de un matrimonio canónico, ofrecidos con anterioridad por el autor.

Considera este impedimento como el más importante de todos por referirse a la íntima esencia del matrimonio, debiendo tener presente una distinción fundamental entre la *impotencia instrumental u orgánica*, que es la que se deriva de algún defecto anatómico o fisiológico del cuerpo, fácilmente visible, y la *impotencia funcional*, llamada también *psíquica o neurastenia sexual*, que por no consistir en una lesión visible resulta de defectuosa demostración.

SANCHEZ GONZALEZ, Enrique: "El bien de familia en la República Dominicana". Revista Jurídica Dominicana, 38, 1951; págs. 32-35.

Examina la Ley de 24 de octubre de 1928, que estableció en el Derecho dominicano la institución llamada del bien de familia, creada para es-

timular a los ciudadanos en la conservación de sus bienes y con el fin de evitar que las familias queden en la completa indigencia.

Se refiere a los caracteres que esta norma ofrece, entre los que destaca los siguientes:

Solamente puede establecerse un bien de familia sobre un inmueble no indiviso, y sin que pueda constituirse más que uno por familia.

Los extranjeros—salvo que hayan sido deliberadamente autorizados para establecer su domicilio en el país—y las personas morales no pueden establecer un bien de familia.

Tan pronto como un inmueble se convierte en bien de familia, se hace inembargable, y esto subsiste aun después de la disolución del matrimonio sin hijos, en provecho del cónyuge superviviente, si éste es propietario del bien.

TERAN LOMAS, Roberto A. M.: “Las sociedades entre cónyuges ante el artículo 37-II de la Constitución Nacional”. *La Ley* (Argentina), 64; páginas 1-3.

Se trata de un estudio sobre el artículo 37 de la Constitución Argentina, que garantiza la igualdad jurídica de los cónyuges”, en relación con la posibilidad o no de formar sociedad entre esposos.

Considera que esta disposición constitucional es de vigencia inmediata porque el propio legislador ha empleado en su redacción el presente de indicativo al referirse a la igualdad jurídica de los cónyuges, y no puede excusar su aplicación la demora del Congreso Nacional en dictar la necesaria Ley reglamentaria, por lo que estima que en la legislación argentina está permitida la sociedad entre cónyuges, debido a que ésta es la expresión más cabal de dicha igualdad entre los mismos.

VILLANUEVA SANTAMARIA, Félix: “El matrimonio y los arrendamientos urbanos”. *Revista Jurídica de Cataluña*, 5, 1951. págs. 442-448.

Examina el problema que plantea la causa 1.^a de excepción a la prórroga del contrato de inquilinato preceptuada en el artículo 76 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuanto a la obligatoriedad o no de que el matrimonio haya de celebrarse antes o después del ejercicio de dicha acción.

Considera que no debe buscarse en el léxico la verdadera interpretación de la Ley, sino, más bien, en la finalidad protectora perseguida por la legislación de alquileres, afirmando que sólo el matrimonio contraído con arreglo a lo dispuesto en el artículo 42 y concordantes del C. c. puede dar nacimiento a los derechos y obligaciones establecidas en la LAU y nunca antes, ya que con anterioridad no hay vínculo jurídico alguno entre las partes que lo contraen ni con sus respectivos parientes consanguíneos

5. Derecho de sucesiones

A cargo de Carlos MELON INFANTE

BORRELL SOLER, Antonio M.: "Algunos problemas sobre el beneficio de inventario". *Revista Jurídica de Cataluña*, LXVIII, 1951, páginas 499-529.

Comienza el Sr. Borrell refiriéndose a los antecedentes, señalando el beneficio de deliberar y el de inventario, para destacar después la esencia de la institución: separación de patrimonios. Señala luego la posibilidad que tiene todo heredero de su utilización y la antigua discusión en torno a la eficacia de la prohibición del testador.

Se ocupa de las excepciones de la necesidad de tomar inventario, para que haya separación de patrimonios; de los requisitos de aquél, cuando se realiza, para que produzca dicha separación (sujetos, plazo, contenido, forma) y de las personas que han de intervenir en el inventario extrajudicial.

Termina haciendo referencia a los efectos de la institución y a las deudas de la herencia adquirida a beneficio de inventario.

CARDENAS, L.: "La sustitución pupilar y ejemplar: su ámbito de aplicación". *Revista de Derecho Privado*, XXXV, 1951; págs. 925-929.

Después de analizar la esencia de ambas instituciones, el autor se plantea el discutido problema de determinar a qué bienes se extienden. Estima que abarcan tanto los bienes dejados por el sustituyente como los restantes del sustituido.

La dificultad fundamental de tal solución (la de determinar la preferencia entre distintos ascendientes que hagan uso del derecho de sustituir) no puede darse, a su juicio, por ser de esencia de las sustituciones pupilar y ejemplar no funcionar sino cuando no hay otros herederos forzosos del sustituido que el que hace la sustitución. La finalidad de la misma es evitar la sucesión abintestato en la línea colateral.

DE LA CAMARA, M.: "Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil". *Revista de Derecho Privado*, XXXV, 1951; págs. 89-108.

Está dividido el trabajo en cuatro partes, en las cuales se estudian los más fundamentales aspectos del tema.

En la primera (Introducción) se alude al frecuente abandono del problema, a ser ésta una institución frecuente por razones sentimentales y fiscales, y se estudia el artículo 177 del Código civil.

La posición sucesoria del hijo adoptivo es objeto de la segunda parte,

y en ella se estudia el Derecho histórico (distinto del actual), el Proyecto de 1851 y el Derecho comparado.

Distingue después las hipótesis de pacto y la de carencia del mismo, relaciona el artículo 177 con el 6 de la Ley de 17 de octubre de 1941, para referirse al caso de existencia de pacto con incumplimiento de éste.

En las partes tercera y cuarta se tocan y enjuician con criterio certero los aspectos dignos de interés: muerte sin testamento del adoptante que prometió instituir, existencia de legitimarios, institución de un extraño y no del adoptado, revocabilidad del pacto, porción a heredar, limitaciones del derecho de disponer del adoptante, etc., etc.

DE ROVIRA MOLA, A.: "Ambito del derecho de representación sucesoria en el Código civil". *Revista de Derecho Privado*. XXXV, 1951; páginas 506-516.

El autor impugna la extensión de la representación a la sucesión testada. Comienza citando la sentencia de 7 de junio de 1950, la cual afirma la inadmisibilidad de dicha extensión.

En la última década ha habido una tendencia a la misma, y es preciso, dice el Sr Rovira, reaccionar contra ella.

Cita los casos en que cree subsiste en nuestro Derecho la representación en la sucesión testada (art. 17, Ley 5 noviembre 1940 y en virtud Ley de las Cortes de Pamplona de 1580).

Examina el articulado del Código y considera decisiva la colocación de la institución; rebata los argumentos que pretenden la extensión a la sucesión testada en base a los artículos 929 y 925. Relaciona después los artículos 761 y 857, y configura la institución en su relación con la sustitución vulgar, el derecho de acrecer y la preterición.

La Jurisprudencia, en general, es contraria a la extensión de la representación a la sucesión testada.

FERRER MARTIN, Daniel: "La incapacidad relativa para suceder del artículo 752 del Código civil". *Revista de Derecho Privado*, XXXV, 1951; páginas 1000-1009.

Una exégesis del precepto contenido en el artículo 752 del Código, es la que el autor nos ofrece.

Considera la incapacidad que nos ocupa como una de las llamadas relativas. Estudia después los más destacados aspectos del precepto: antecedentes, fundamento, ámbito, requisitos de aplicación y efectos.

Cita una interesante sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, de fecha 12 de enero de 1951.

GARCIA VALDECASAS, G.: "De nuevo sobre la adquisición de la herencia" (En defensa de una tesis). *Revista de Derecho Privado*, XXXV, 1951; págs. 991-995.

El presente trabajo del profesor García Valdecasas tiene por objeto responder a la crítica que Roca Sastre (en el tomo II de sus "Estudios de Derecho Privado") hizo un trabajo anterior, en el que el catedrático granadino sustentó la tesis de que la adquisición de la herencia responde en el Código civil al mecanismo del que llamamos sistema germánico (*Revista de Derecho Privado*, febrero 1944).

Basa su defensa especialmente en el artículo 661; recuerda los argumentos en que apoyó su postura, tratando de impugnar las afirmaciones de Roca Sastre. Censura especialmente la explicación que este último ofrece del artículo 440.

L. B. S. P.: "El Testamento de la Reina Isabel". *Nuestra Revista*, XXXI, 1952, págs 8-10.

El autor recuerda algunos de los aspectos de las Estampas Isabelinas que el verano pasado tuvieron lugar en El Escorial.

Reproduce ciertas cláusulas del Testamento de la Reina Católica, las cuales con notable habilidad fueron versificadas para dichas Estampas.

MARTI MIRALLES, I. (†): "Partición de herencia. Lesión". *Revista Jurídica de Cataluña*, LXVIII. 1951; págs. 530-555.

En el presente dictamen su autor se enfrenta con un complicado caso de rescisión de una partición en la que la lesión no se debía a dolo ni a fraude. Hechos los lotes y sorteados, uno de los herederos se creyó perjudicado, y al no haber ni lesión *ultra dimidium* ni en la cuarta parte, se interesa por la posibilidad de la rescisión.

El Sr. Martí Miralles, tras de un minucioso examen del hecho y del derecho a aplicar (D. Romano-Catalán), contesta afirmativamente.

RUIZ ARTACHO, Juan: "La reserva de usufructo en favor de uno o de ambos cónyuges, en las enajenaciones de nuda propiedad otorgadas por los mismos". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XXVIII, 1952; págs. 1-19.

Un padre reparte sus bienes entre sus hijos, reservándose el usufructo para él y su esposa; pero al morir deja como mejora a un hijo el usufructo de una parte de la herencia.

El Sr. Bollain (*Rev. Crit. Der. Inmob.*, junio 1951) mantuvo la nulidad del usufructo a favor del hijo por ser la madre la única usufructuaria y subsistir el usufructo mientras viva (art. 521 C. c.).

El trabajo que reseñamos estima inadmisibles dicha solución, y a demostrarlo va dedicado. Distingue la naturaleza de las reservas en cuestión, dividiéndolas en propias e impropias. Señala la nulidad de las mismas, tanto si se hacen con bienes propios como gananciales, y termina con alusiones a dos problemas hipotecarios: Si procede su inscripción (estima que no) y efectos de las que por cualquier circunstancia tuvieron acceso al Registro.

SAENZ DE SANTAMARIA, Ignacio: "¿Es viable el usufructo universal a favor del cónyuge viudo en nuestro Derecho civil común, existiendo herederos forzosos?" *Revista de Derecho Privado*, XXXV, 1951; páginas 995-1000.

Examina las tesis que circulan en nuestra doctrina: la negativa, en base al art. 813, párrafo 2.º, la cual, sin embargo, por vía indirecta (artículo 820, párrafo 3.º) admite el usufructo en cuestión; la positiva, que afirma puede consistir la legítima en nuda propiedad.

El autor, interpretando ingeniosamente el art. 813, en su inciso final, afirma: 1) Que el párrafo 1.º del art. 813 se refiere a gravámenes impuestos por el testador, y 2) que el inciso final se refiere no tanto a la mejora (arts. 834-835) como a la legítima estricta.

Relaciona después el usufructo discutido con la que llama intangibilidad cualitativa y cuantitativa de la legítima y con las posibles lesiones de ambos aspectos de ésta.

Su trabajo, inspirado en unas notas del Sr. D.ª la Cámara, pretende demostrar que la tesis correcta ha de ser la afirmativa.

SERVAT, José: "Las conjeturas en materia de sustituciones, según la doctrina del Cardenal Mantica". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 282: págs. 801-830, y 283. págs. 881-906 (año 1951).

Recoge el presente trabajo la doctrina del Cardenal Mantica con un casuismo y detalle que dificulta enormemente la labor de resumen. Se estudian en él: generalidades, conjeturas sobre la sustitución vulgar, sobre la sustitución vulgar tácita, sobre la pupilar expresa y tácita, determinación de las conjeturas en cuya virtud la sustitución pupilar tácita se admite contra la madre, conjeturas sobre la sustitución ejemplar, sobre la sustitución fideicomisaria refiriéndose al problema de los bienes a restituir y a la persona del fideicomisario. Se hace referencia a la extensión de la voz "hijos", para terminar tratando de los hijos puestos en condición.

II. Derecho hipotecario

A cargo de Pascual MARIN PEREZ

HERMIDA LINARES, Mariano: "La inscripción de resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 284, 1952; págs. 20-26.

Después de analizar la doctrina en torno a las inscripciones relativas a la capacidad civil de las personas, sostiene el autor que el Registrador, en esta clase de inscripciones, ha de tener en cuenta, para la calificación, las inscripciones de resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas, aunque no es éste el fin único, ni siquiera el principal, de su inscripción en el Registro. Su función principal es la de suspender los efectos del principio de publicidad, ya que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria no comprende las inscripciones de incapacidad, pero del artículo 34 se deduce a *sensu contrario*, que el tercero no será mantenido en su adquisición si las causas de nulidad constan en el Registro, que es, precisamente, lo que ocurre en el caso de que las resoluciones judiciales de incapacidad consten inscritas o anotadas en el propio Registro.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ-GERMES, Manuel: "El Derecho Inmobiliario inglés". *Revista de Derecho Inmobiliario*, 285, 1952; págs. 81-117.

Daremos cuenta de este artículo cuando se concluya su publicación.

RUIZ ARTACHO, Juan: "La reserva de usufructo, en favor de uno o de ambos cónyuges, en las enajenaciones de nuda propiedad otorgadas por los mismos". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 284, 1952; páginas 1-19.

En el terreno civil, estas enajenaciones son calificadas por el autor de nulas e ineficaces, siendo lo más frecuente que el usufructo objeto de estas reservas conste en el Registro, no inscrito, sino meramente mencionado, dado el sistema que usualmente se sigue para constatar la reserva o retención de usufructo propiamente dicha en los asientos, y si solamente están mencionadas en las inscripciones, no tienen por ello protección hipotecaria alguna y, por tanto, carecen de efectos de esta clase. La única utilidad que puede producir su mención es la de fijar la duración del usufructo; pero éste seguirá perteneciendo, según el Registro, a la misma persona o grupo patrimonial a quien pertenecía el pleno dominio en el momento de separarse de él la nuda propiedad transmitida, quienes serán, por tanto, los únicos que pueden realizar los actos de enajenación de aquel derecho.

SAPENA, Joaquín: "La registración de la mayor cabida de las fincas por medio de título público de adquisición, complementado por acta de notoriedad". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 283, 1951; páginas 907-931.

Según el autor de este artículo, la regla 8.ª del artículo 203 de la vigente Ley Hipotecaria es superflua e ilógica, puesto que el problema que se planteaba al tratar de lograr la concordia entre el Registro y la realidad extrarregistral resulta difícil al analizar el texto legal citado, que le obstaculiza en la práctica, extremo que fué resuelto por el Reglamento Hipotecario, que, en su artículo 298, señala que la norma rectora del problema debe buscarse en el artículo 209 del Reglamento Notarial.

A continuación analiza las características de esta clase de actas de notoriedad, acabando por afirmar que no estima necesaria reforma alguna en torno a la materia, por carecer de eficacia práctica.

TORRES AGUILAR, Juan de: "La anotación de reconocimiento del hijo natural". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 284, 1952; páginas 47-52.

Breve trabajo destinado a demostrar que en todo caso de reconocimiento de un menor de edad debe exigirse la aprobación judicial, único medio hábil de dar efectividad al artículo 119 del Código civil y, singularmente, a la R. O. de 1.º de agosto de 1910.

III. Derecho mercantil

I. Parte general

A cargo de José A. PRIETO GOMEZ

CASANOVA, Mario: "Note sulla trasferibilità della ditta". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economía, Diritto Sociale*. Volumen IV, fasc. 9-12 (1951), Parte primera; págs. 222-227.

El artículo 2.565 del Código civil italiano establece que en las transmisiones "inter vivos" de la hacienda mercantil el adquirente solamente tendrá derecho a utilizar la anterior razón social cuando lo consienta el disponente; por el contrario, en las transmisiones "mortis causa" tal derecho existe siempre, salvo disposición testamentaria específica en contrario. De la "ratio iuris" del precepto (evitar que la utilización del nombre patronímico del disponente redunde socialmente en perjuicio suyo) deriva el autor las siguientes consecuencias: no cabe prohibir el

uso de la razón social cuando el elemento patronímico de ésta no se refiere a la personalidad del cedente; por otra parte, si en la razón social prevalecen indicaciones de fantasía sobre las patronímicas, la prohibición de su uso afecta únicamente a las segundas, cabiendo combinar las primeras con el nombre del adquirente; por último, para mantener inalterable la razón social, se exige que la empresa ejercitada siga siendo la misma.

El consentimiento del dueño a la transmisión "inter vivos" de la razón social ha de probarse por escrito, no bastando actos concluyentes (frente a la tesis de Greco). La transmisión "mortis causa" plantea especiales problemas: por una parte, cabe tal vez, con Mossa, exigir para el uso de la razón social el consentimiento de los herederos titulares del nombre; por otra, en el caso de usufructo de la hacienda con prohibición de utilizar la anterior razón social, surge la cuestión de cómo ha de formarse la nueva: según el autor servirá de base el nombre patronímico del usufructuario, pero la introducción de otros elementos (de fantasía, descriptivos, etc.) necesita del consentimiento del nudo propietario.

ROVELLI, Francesco: "Osservazioni sugli enti pubblici economici". *Jus, Rivista di Scienze Giuridiche*, año II, fasc. 1, marzo 1951; págs. 12-22.

El autor examina la naturaleza jurídica de la actividad que desarrollan las entidades públicas de tipo económico para realizar los fines públicos. Para el autor, la cuestión se reduce a la de la naturaleza de la relación de empleo entre dichas entidades y sus dependientes. El Código civil y el Código de procedimiento italianos establecían una completa equiparación—material y procesal—entre la relación de empleo en las entidades públicas y en las privadas. Pero, derogada la ley sobre el valor jurídico de la Carta del Trabajo, desaparece tal equiparación, y el Consejo de Estado se ha atribuido competencia en las controversias que surjan con ocasión de la relación de empleo en las entidades económicas públicas, por cuanto en dicha relación aparece un interés administrativo del que no se puede nunca desligar el interés privado.

VERRUGOLI, Piero: "Enti pubblici e impresa". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*. Vol. IV, fascículos 9-12, año 1951, Parte primera; págs. 229-246.

El viejo problema de la actividad mercantil del Estado toma un nuevo alcance con la proliferación de "empresas públicas". Para el autor, el concepto de empresa es unitario (frente a la tesis de Ferri y otros) e independiente del "status" (privado o público) del empresario. Cuando el empresario es un sujeto de Derecho público, este hecho tiene una influencia determinante en el régimen de la empresa, pero no se destruye por ello el sistema jurídico en el que descansaba la organización económica clásica.

2. Sociedades

A cargo de José A. PRIETO GOMEZ

GIANNINI, Amedeo: "Sul controllo della gestione delle Società a responsabilità limitata". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*. Vol. IV, fasc. 9-12, 1951, Parte segunda; págs. 111-114.

El autor sistematiza las normas del Código civil italiano relativas al control de la gestión de las sociedades de responsabilidad limitada. El "collegio sindacale" (facultativo si el capital social es inferior a un millón de liras) ejerce el control en forma idéntica al de las sociedades por acciones; cuando no exista el "collegio" el control constituye, como aclara la "relazione" ministerial, un derecho individual e inderogable de los socios. Aparte de esto, en todo caso tiene el socio derecho individual a exigir de los administradores noticia del desenvolvimiento de los negocios sociales, y a consultar el libro de socios, el de acuerdos, y los libros fiscales. En la asamblea, su posición es idéntica a la del accionista en las sociedades por acciones. Finalmente, existe también el derecho inderogable de exigir, siempre que lo pida la tercera parte del capital social, la revisión de la gestión de la sociedad.

LUNA, Manuel Adolfo: "Las Sociedades mercantiles de responsabilidad limitada". *Revista del Foro, Organo del Colegio de Abogados de Lima*. Año XXXVIII, núm. 4, julio-agosto 1951; págs. 324-360.

El autor, después de ver en el principio de limitación de la responsabilidad "uno de los fundamentos del nuevo Derecho mercantil", hace un resumen de las legislaciones europeas y americanas en materia de Sociedades de responsabilidad limitada.

MOSSA, Lorenzo: "Società in nome collettivo. Forma. Nullità". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*. Vol. IV, fasc. 9-12, 1951, Parte segunda; págs. 127-130.

Según el Tribunal de Apelación de Trieste (S. de 23 abril 1951), la constitución de una sociedad colectiva ha de hacerse necesariamente en la forma escrita que determina el artículo 1.350 del Código civil, cuando se aporta el goce de inmuebles por nueve años o por tiempo indeterminado; en tanto falte la forma establecida, la sociedad es nula y no produce efecto ninguno. El autor impugna este punto de vista. Según él, la forma no es requerida para la constitución de la sociedad, sino simplemente para el acto de disposición sobre el inmueble; la tesis de la nulidad—contraria a las realidades de la vida económica—ha de rechazarse.

MOSSA, Lorenzo: "Società per azioni. Deliberazione dell'assemblea generale, Frode dei diritti dei soci". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*. Vol. IV, fasc. 9-12, 1951. Parte segunda; págs. 115-117.

La Corte de casación italiana (S. 12 mayo 1951) ha declarado nulo, por fraude a la Ley, el acuerdo de la Junta general de una sociedad por acciones en el que se dispone un aumento de capital encaminado a excluir de la sociedad a los accionistas que no tuvieran capacidad económica suficiente para suscribir dicho aumento. El autor aprueba esta "forma de dar una ética a la sociedad por acciones".

SOLA CAÑIZARES, Felipe de: "La legislación sobre las Sociedades comerciales en la República Argentina". *Información Jurídica*, número 104, enero 1952; págs. 11-36.

El autor, después de exponer las fuentes legales y bibliográficas en la materia, analiza los distintos tipos de sociedades mercantiles en el Derecho argentino y las normas que los regulan.

VERRUCOLI, Piero: "Società in nome collettivo. Morte di un socio. Bilancio approvato prima della morte. Effetti per gli eredi". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*. Volumen IV, fasc. 9-12. 1951, Parte segunda; pág. 119-120.

Comentando una sentencia de la Corte de Casación italiana (17 marzo 1951), el autor afirma que no puede considerarse pacto sucesorio la cláusula contenida en el acto constitutivo de una sociedad colectiva, en la que se establece que en caso de muerte de uno de los socios, la Sociedad continuará entre los restantes, liquidándose a los herederos la cuota que resulte del último balance. En efecto, el consolidarse la cuota en los supérstites no es consecuencia de la mera voluntad del difunto, sino manifestación de la voluntad social. Pero el valor de la cuota no puede determinarse con arreglo al último balance, para su liquidación a los herederos, ya que el artículo 2.289, 2.º del Código civil, exige atenerse a la situación patrimonial efectiva.

VERRUCOLI, Piero: "Società semplice. Fine della pluralità dei soci". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*. Vol. IV, fasc. 9-12, 1951, Parte segunda; págs. 117-119.

La Corte de Casación italiana (S. de 3 agosto 1950) ha entendido que el artículo 2.272, núm. 4.º del Código civil no establece que la Sociedad pueda continuar durante seis meses con un solo socio, por desaparición de

los demás; dicho precepto se limita a afirmar la autonomía del patrimonio social durante dicho plazo. El autor considera preferible no hablar simplemente de patrimonio social autónomo, sino de existencia de una empresa organizada. El "favor de la empresa" es lo que permite la reconstitución, en el plazo de seis meses, de la pluralidad de socios como presupuesto de una efectiva organización social.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Manuel PRECIOSO PRECIOSO

GARRIDO COMAS, J. J.: "La reticencia del asegurado y sus efectos en el contrato de seguro". Revista jurídica de Cataluña, Vol. LXIX, enero-febrero 1952; págs. 33-41.

Detenido análisis de los efectos que en el contrato de seguro produce la reticencia del asegurado respecto de hechos o circunstancias susceptibles de influir en la opinión que del riesgo se forma el asegurador. Después de un rápido bosquejo doctrinal, el autor estudia su proyección en el Derecho español, reflejada especialmente en el artículo 381 del Código de Comercio.

LASHERAS SANZ, Antonio: "Objeto cierto y causa lícita en la relación del seguro. El riesgo". Revista de Derecho privado, núm. 418, enero 1952; págs. 1-24.

Examina el autor en este trabajo el riesgo como causa lícita del contrato. Analiza, sucesivamente, las condiciones que debe reunir el riesgo para ser asegurable y los aspectos económico y jurídico que presentan los hechos asegurables, llevando a cabo, a continuación, una clasificación muy completa de los riesgos. Por último, estudia la aplicación del cálculo de probabilidades al seguro como forma de medir el riesgo.

MOSSA, Lorenzo: "Relaciones entre la Empresa y el contrato de seguro". Revista de Derecho privado, núm. 419, febrero 1952; págs. 89-101.

Desde que el contrato de seguro ha adquirido su actual y peculiar fisonomía, abandonando sus primitivas formas de solidaridad y fraternidad civil, la Empresa se ha convertido en el presupuesto indispensable del mismo, conformando todas sus condiciones e incluso su naturaleza, pudiendo decirse que toda la organización económica y jurídica del seguro se desarrolla al amparo del superior concepto de la Empresa. Y así, señala el autor como ejemplo de esto, la nulidad del contrato de

seguro estipulado por un asegurador sin Empresa, y fundamenta precisamente en la existencia de la Empresa la obligatoriedad de la declaración exacta y verdadera del asegurado. Concluye afirmando que, si al considerar separadamente el fenómeno de la Empresa y el del contrato se advierte en uno y en otro un movimiento hacia un mayor carácter social de los mismos, ello es debido, en gran parte, a la estrecha unión de la Empresa y el contrato de seguro.

4. Varia

FERNANDEZ, Raimundo L.: "Embargo de buques". Suplemento diario de La Ley. Revista Jurídica Argentina, 9 octubre 1951, tomo 64; páginas 1-3.

El autor, con numerosas referencias a la doctrina argentina y francesa, analiza las especialidades legales del embargo de buques (argentinos y extranjeros): requisitos del embargo, diferencia introducida por la jurisprudencia argentina entre el "embargo" y la "interdicción de salida", medida esta última diferente de la primera, y no comprendida en ella; levantamiento del embargo mediante caución; jurisdicción competente y procedimiento a seguir.

LE BRUN, Roger: "Il Diritto marittimo francese dopo la guerra". Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale, 1951, vol. IV, parte I; págs. 274 y ss.

El autor estudia a la luz de las últimas reformas legislativas y de la jurisprudencia reciente, la transformación que ha sufrido el Derecho marítimo francés, motivada, sobre todo, por la nueva situación naval que ha creado a Francia la segunda guerra mundial. Sucesivamente hace un examen de la organización general de la Marina mercante francesa, con alusiones a los problemas de la requisita de buques y nacionalización de las Compañías navieras, transportes marítimos, seguros y, por último, de los privilegios e hipoteca naval.

IV. Derecho notarial

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

FUENTES TORRES-ISUNZA, Juan B.: "Oposiciones y turno de clase".
Nuestra Revista, 832, 1952; págs. 1-3.

Considera que por lo que hace a las oposiciones entre notarios, el régimen actual, con un artículo adicional que ordenase que una vez turnada a oposición entre notarios una Notaría de Madrid o de Barcelona, no se podrán turnar más de dichas poblaciones en beneficio del turno de antigüedad en la carrera, mientras no se celebren las oposiciones y tome posesión el nuevo titular, sería reformar mejorando. El turno de clase es un privilegio lógico y razonable para los notarios acogidos a él, pero a él pueden acogerse todos los notarios sin excepción; sugiere combinar el turno de clase con la permanencia en una Notaría.

LOSADA PERUJO, Rafael: "Los turnos, antigüedad, clase y oposición".
Nuestra Revista, 831, 1952; págs. 8-10.

Propugna una reforma de lo dispuesto sobre los indicados turnos, estimando que el error de la ordenación vigente arranca del favor pródigamente dispensado a los turnos de clase y oposición; si se conceptúa inaceptable la supresión de la oposición, como medida demasiado radical, cercénese el porcentaje de sus vacantes y suprimase el turno de clase, ya que el mismo beneficia otra vez y nuevamente a la oposición en perjuicio de la antigüedad, acreedora a la mayor consideración.

MARTIN LAPLAZA, I.: "Congelación". Nuestra Revista, 831, 1952; páginas 6-8.

La congelación derivada del párrafo 2.º del artículo 96 del Reglamento Notarial, prohibiendo concursar cumplidos los setenta años, es completamente nueva, y por ella se reforma la congelación restringida del Reglamento anterior, con la absoluta congelación. Cree que tales normas debieron afectar a los notarios entrados con posterioridad en la carrera, ya que de lo contrario, contradeciría lo dispuesto en orden a la inmovilidad del notario. Si la Ley no es justa, debe adecuarse y ello se ha hecho con una serie de leyes, sin que para no hacerlo, respecto a este precepto, baste escudarse en hechos consumados.

M.: "Sobre oposiciones libres". Nuestra Revista, 834, 1952; págs. 1-3.

Estima que es conveniente que la selección verificada en las oposiciones a Notarías determinadas, sea lo más escrupulosa posible, a fin de

escoger los opositores más capacitados que deban cubrir las vacantes existentes en el escalafón. Las oposiciones se hacen mejor en los Colegios notariales, por las razones de que duran menos y los Tribunales tienen igual competencia, lo mismo por sus componentes que por ser el mismo el programa. El opositor preparado, el que toma en serio la oposición y va a ella con el programa sabido, prefiere que las oposiciones sean en los Colegios no centralizados, porque cada año tiene dos o tres probabilidades de ingreso en vez de una probabilidad cada dos o tres años.

N.: "Sobre oposiciones libres". Nuestra Revista, 830, 1952; pág. 8.

El párrafo 3.º del artículo 5.º del Reglamento Notarial no debe utilizarse para agregar Colegios con vacantes suficientes para presumir una convocatoria probable a breve plazo, debiendo utilizarse para convocar en aquellos Colegios donde no es probable un aumento inmediato de las vacantes.

PEREZ, Julio A.: "Algunas consideraciones sobre el protesto, desde el punto de vista notarial.—Necesidad de su reforma". Revista del Notariado, 600, 1951; págs. 445-464.

En el aspecto notarial que aquí interesa, se ocupa de la necesidad de reformar la legislación relativa al protesto, pero dentro de sus moldes clásicos, sin desviaciones foráneas que no se avienen con la tradición jurídica. Las solemnidades actuales del protesto obstaculizan enormemente el cumplimiento de tal acto a quienes deben utilizarlo y perturban el servicio público, confiado a los escribanos, ya que es imposible ajustarse a requisitos y normas que están en abierto antagonismo con la realidad.

S.: "Sobre algunos aspectos de la provisión de Notarías". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 182, 1952; págs. 1 a 5.

El vigente Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 es fruto de una laboriosa evolución, sus soluciones son muy cuidadas, habiendo merecido generalmente un juicio favorable. No obstante, la regulación que hace de algunas cuestiones presenta inconvenientes o es susceptible de ser mejorada. Al efecto, se ocupa, señalando las mejoras a introducir, de las oposiciones de ingreso y las oposiciones entre notarios, destacando cómo en éstas el mayor inconveniente radica en que las Notarías quedan sin cubrir durante un lapso de tiempo, que es, al menos, de dos años, con el consiguiente perjuicio del servicio. Sugiere que en lugar de opositar a Notarías determinadas se realicen los ejercicios para obtener un diploma que concedería en los concursos la preferencia determinada hoy por la clase, y distinguiendo entre una categoría superior y otra común.

VILLALBA WELSH, Alberto: "El Derecho notarial a la luz de la teoría egeológica". *Revista Internacional del Notariado*, 11, 1951; páginas 199-240.

El objeto del Derecho notarial es la conducta del notario como tal, o sea en cuanto autor de la forma pública notarial. El Derecho notarial es público y adjetivo, constituyendo una rama autónoma dentro del ordenamiento jurídico total. El Derecho notarial tiene en cuenta al notario sólo como autor de la forma y no como jurista o asesor, pues sólo la forma en su intrínseca autenticidad tiene relevancia jurídica. El concepto de forma notarial no es válido exclusivamente para los negocios jurídicos, por más que esta sea la actividad que justifica por sí sola la existencia del notario, sino también para toda otra actuación que la ley estatuya. La naturaleza jurídica de la relación del Estado con el notario es de orden contractual público y específicamente de Derecho notarial.

V. Derecho procesal

A cargo de Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ
y José María DESANTES GUANTER

I. Introducción

ALAMILLO, Fernando: "La teoría de las crisis del proceso, aplicada al proceso penal". *Revista de Derecho Procesal*, VII-3, julio-agosto-septiembre de 1951; págs. 431-485, esp. 431-437.

Aunque orientado el trabajo fundamentalmente en el campo del proceso penal, se hace un ensayo previo de tipo general por la consideración unitaria del proceso y por la necesidad de extraer el concepto de crisis procesal del campo procesal civil, donde ha sido construido. La conclusión a que se llega en este aspecto es la distinción entre crisis del procedimiento y crisis del proceso; la crisis del procedimiento es la paralización momentánea o temporal del trámite principal del proceso por la concurrencia de un obstáculo que impide su continuación, pero que puede removerse dentro del proceso mismo por medio de un trámite incidental o accidental, o, incluso, sin necesidad del mismo. La crisis del proceso es la paralización temporal o definitiva, siempre total, de la relación jurídica procesal, por la presencia de un obstáculo que impide toda actuación procesal y que no puede removerse dentro del proceso mismo.

BUZAID, Alfredo: "Paula Batista: Actualidade de un velho processualista". *Revista forense*, octubre, 1951; págs. 331-346.

La doctrina procesalista brasileña nace a la par que se desarrolla su legislación peculiar, después de la independencia. Barão de Ramalho y Francisco Paula Batista fueron los primeros catedráticos brasileños de Derecho procesal. Después de una breve biografía de este último se intenta trazar las líneas fundamentales de su pensamiento procesal. Para ello se van estudiando sucesivamente el concepto de acción, la extensión de los poderes del Juez, la unidad de la jurisdicción, la naturaleza jurídica de la excepción, el sistema de pruebas, la autoridad de la cosa juzgada y el concepto de subasta. Se subraya que las ideas procesales de Batista no son disparejas, sino emanadas de una investigación original y sistemática y se exponen comparativamente las variantes entre la primera y la tercera edición de su obra "Compêndio de Teoria e prática do Processo civil".

D'EUFEMIA, Giuseppe: "La carta costituzionale e la giurisprudenza". *Diritto e Giurisprudenza*, 66, 3; págs. 276-284.

Examina la eficacia que los principios y las normas de la Constitución italiana han tenido sobre la Jurisprudencia, sobre todo en cuanto se refiere a los principios fundamentales. Estudia los casos en que los fallos han acogido declaraciones y normas constitucionales. Destaca luego la diferente eficacia que los principios y normas pueden tener en la vida jurídica y la posición del Juez ante cada norma concreta, que no es más que un caso particular de la actividad interpretativa.

FAIREN GUILLEN, Víctor: "Acción, Derecho Procesal y Derecho Político". *Revista de Derecho Procesal*, VII-3, julio-agosto-septiembre de 1951; págs. 395-430.

Parte de analizar someramente los sentidos en que se ha empleado la palabra acción y las doctrinas sobre su naturaleza. Admite la relatividad histórica del concepto de acción, pero centrándola, no sobre su concepto o cada uno de sus posibles conceptos, que pueden permanecer con su fortaleza o debilidad, sino sobre la fecundidad de estos conceptos, que viene determinada por la realidad histórica política de cada momento y cada lugar. Para disminuir al máximo dicha relatividad, hay que abstraer todo lo posible el concepto de acción, con lo que se aleja del campo procesal, pero sin dejar de tener interés para el procesalista. La acción es el derecho de excitar la actividad jurisdiccional del Estado. La pretensión procesal es el acto (declaración de voluntad) de exigencia de subordinación de un interés ajeno a otro propio. La acción es eficaz en todo caso (basta capacidad para ser parte); la eficacia de la pretensión

depende de la legitimación y la fundamentación. La acción y la pretensión pueden ejercitarse conjuntamente, pero no siempre sucede así (por ejemplo, en el juicio verbal de la L. E. C.). La acción es un derecho cívico inherente a la personalidad y emanado del poder constitucional de petición.

M. G. E.

VIADA LOPEZ, Carlos: "Clasificación de los procesos: el proceso penal". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales*. Buenos Aires, VI, 26; págs. 1298-1306.

El problema de la unidad o dualidad de los procesos es una de las cuestiones más debatidas en el Derecho procesal, sobre todo en cuanto al civil y penal se refiere. Salvo casos extremos, la discusión se centra alrededor de dos posturas: unidad—no identidad—fundamental del proceso y dualidad procesal civil y penal basada en unas diferencias clásicas. Después de exponer el concepto del proceso se pasa a clasificar los diferentes conflictos de intereses que pueden presentarse en el litigio: privados, sociales o colectivos. Cada proceso se acomoda a estos tipos de intereses en juego, pero el proceso es uno. De donde se deduce que existen conceptos cuyo estudio debe corresponder no al Derecho procesal, sino a la teoría general del Derecho como parte, acto, prueba, etc. Otros deben estudiarse en la teoría general del proceso: estos mismos con el calificativo "procesal". Aparte habría que estudiar una serie de principios generales para uno y otro tipo de los procesos estudiados. Finalmente, bastaría al estudiar cada tipo de proceso, hacer la aplicación de estos principios a su especialidad.

2. Parte general

FAIREN GUILLEN, Víctor: "Proceso, procedimiento y mito jurídico". *Foro Gallego*, IX, núm. 77; págs. 449-464.

Resalta el defecto de estudiar jurídicamente las instituciones tradicionales y las actuales en un mismo plano, y el peligro que entraña el sostener ideas míticas en el Derecho, errores ambos que se dieron en la labor codificadora justiniana, entra el autor en el estudio de la "litis contestatio" como mito jurídico-procesal. Los juristas medievales sintieron ya la necesidad de desligarse de él. Pero en España se le conservó reverencialmente a causa de nuestra concepción civilista del proceso y de la confusión existente sobre este cuasicontrato. Informó nuestras leyes de procedimiento y continúa ejerciendo su labor nociva, que ha producido como reacción no el destruirlo, sino el rodearlo con el gran número de procedimientos especiales existentes actualmente en la legislación procesal civil española.

GUASP, Jaime: "La paralización del proceso civil y sus diversas formas". *Revista de Derecho procesal*, VII-3, julio-agosto-septiembre de 1951, págs. 379-394.

Hay una crisis procesal cuando a lo largo del desarrollo de un proceso se produce una anormalidad. Las crisis procesales pueden referirse a los sujetos, al objeto y a la actividad procesal. Estas últimas pueden consistir en un avance anormal del proceso, en un retroceso anormal del mismo, o en una paralización (inexistencia de aquel avance que es propio a la idea de devenir temporal en que el proceso consiste). La paralización puede proceder de causas que afecten a los sujetos del proceso (interrupción del proceso: por ejemplo, por cambio de Juez o muerte de un litigante), a su objeto (detención procesal: por ejemplo, por planteamiento de una cuestión prejudicial penal), o a la actividad misma (suspensión procesal: fuerza mayor o acuerdo de las partes). Las crisis subjetivas u objetivas pueden provocar paralizaciones de estos tipos, pero no es necesario, y conceptualmente se trata de fenómenos diferentes. Finalmente, se analizan los efectos de cada tipo de paralización.

M. G. E.

LOIS ESTEVEZ, José: "Sobre la distinción entre providencias y autos". *Foro Gallego*, X, núm. 79; págs. 35-42.

La clasificación que de las resoluciones judiciales hace el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento civil, queda aparentemente desmentida al admitir el artículo 380 el recurso de apelación para las providencias que no son de mera tramitación. Después de exponer las soluciones propuestas por la doctrina a esta confusión, expone y razona el autor una nueva solución. Sólo los autos son apelables; pero lo son, en todo caso, aunque aparezcan "disfrazados" de providencias, con lo que atiende al fondo y no a la forma para la concesión de recursos. Termina con una comprobación legal de esta hipótesis.

MARTINEZ ORTIZ, J.: "El Abogado en ejercicio". *Abogados*, I, núm. 1-2; páginas 71-76.

Expone el concepto del Abogado en ejercicio y del Notario y las relaciones que uno y otro mantienen con los demás juristas prácticos, especialmente con los Jueces y Magistrados con quienes les une el origen y el fin, la razón de ser y de actuar en el Derecho. Glosa la honorabilidad de los juristas españoles prácticos, y con citas de varios autores concluye pidiendo una mayor autonomía en la elección de cargos rectores de los Colegios respectivos.

OWEN, George H.: "Cooperação internacional processual civil. A obtenção do testemunho no estrangeiro". *Revista forense*, octubre 1951; páginas 362-368.

Expone el sentido de la frase "asistencia judicial" y sus sinónimos para exponer los diferentes sistemas que intentan solucionar los conflictos de leyes procesales, principalmente en los sistemas de tipo europeo y en los de "Common-Law". El tema concreto de la prueba testifical ha de tratarse no desde el punto de vista de cómo conseguir ayuda de las autoridades extranjeras, sino de cómo introducir en el Tribunal la declaración del ausente. Expone los diferentes momentos de la práctica probatoria testifical y el modo de establecer relación entre los diferentes Tribunales. Concluye exponiendo la necesidad del intercambio de información sobre las soluciones adoptadas en cada caso y la conveniencia de los estudios de Derecho comparado.

PI SUNER, José María: "El Poder Judicial". *I. E. D. P.*, núm. 14; páginas 1-3.

Analiza el peligro que entraña la Inspección judicial cuando se quiere hacer valer como una cuarta instancia. Glosa la necesidad de independencia del Juez, su elevada misión, los elementos que forman su ambiente y deduce la verdadera función de la inspección: análisis de los actos del Juzgador independientemente del tecnicismo jurídico.

REYES MONTERREAL, José María: "Cuestiones que suscita el reconocimiento judicial". *Revista jurídica de Cataluña*, núm. 2, año 1952; páginas 129-133.

Ni el Código civil español ni nuestras Leyes procesales dedican apenas preceptos a este medio de prueba que permite la percepción más directa y personal del Juez. Defiende un mayor ámbito de poder en el Juez para determinar la pertenencia y extensión y oportunidad de esta prueba. Diferencia la percepción y la apreciación de esta prueba, que puede ser hecha por distintos jueces, para decidir si en este caso la prueba se convierte en documental. Plantea, finalmente, la cuestión de la divergencia de apreciación por el Juez y el Secretario, creyendo que la distinta posición de ambos en el proceso impide que pueda existir esa diversidad.

SALSMANS, S. J., José: "Deberes profesionales del Abogado en los asuntos civiles". *Abogados*, I, núms. 1-2; págs. 54-70.

Con una finalidad deontológica examina el autor los diversos casos en que el Abogado debe declinar el encargo de una causa civil o el llevar adelante los procesos de que se haya encargado, cuando al recibir al

cliente o en el decurso del procedimiento se persuada de la injusticia de la causa. Estudia también los medios lícitos e ilícitos que el Abogado tiene en sus manos para hacer triunfar su causa y las reparaciones a que está obligado con respecto a su cliente y a la parte adversa.

TORRES, José Antonio: "La Jurisprudencia de nuestros Tribunales y la defensa en materia civil de los carentes de recursos". *La Ley*, 27 de noviembre de 1951; págs. 1-4.

Después de examinar las instituciones que históricamente en la República Argentina han tenido como misión la defensa del pobre en juicio, y exponer en Derecho comparado el régimen de actuación de la justicia gratuita, estudia el régimen legal argentino, deficiente e insuficiente, y los aspectos en que los Tribunales han sabido suplir esa incompleta reglamentación legal interpretando sus normas conforme a la naturaleza y finalidad de la defensa en juicio del carente de recursos económicos.

VALADÃO, Haroldo: "Autonomia da ação declaratoria". *Revista forense*, octubre 1951; págs. 347-354.

Trata de demostrar la diferente finalidad en la legislación positiva brasileña de la acción declaratoria y de la condenatoria a la luz de los principios doctrinales que extrae del Derecho histórico brasileño, de la doctrina germánica e italiana y de la brasileña, y también del diferente interés que la acción presenta, según su finalidad sea declarativa o condenatoria: asegurar la paz o buscar la guerra.

3. Parte especial

ALVAREZ-CASTELLANOS RODRIGUEZ, Gonzalo: "La ejecución de lo convenido en acto de conciliación en materia civil". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 182; págs. 6-10.

Después de un breve esquema en el que expone lo convenido en acto de conciliación, tratándose de materias ordinarias, aborda el problema de las cuestiones especiales, que tiene gran importancia por cuanto entre ellas están las de arrendamientos rústicos y urbanos. Concluye que no puede llevarse a efecto lo convenido en acto de conciliación cuando se trata de materias de esta índole por los trámites de ejecución de sentencia, sin pasar antes la cuestión por la fase declarativa de un proceso.

FERNANDEZ DE BOBADILLA, Fernando: "En torno a la ejecución de lo convenido en actos de conciliación en materia civil". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 186; págs. 5-9.

Entiéndese que en actos de conciliación referentes a materias especiales, los Juzgados de Paz y Comarcales pueden ejecutar lo convenido en conciliación ante ellos, siempre que sean competentes para intervenir en la misma cuestión en un proceso ordinario en su fase declarativa. Los Comarcales la tienen también para juzgar las de los celebrados en los de Paz de su jurisdicción si de lo convenido no pudieran entender éstos en un juicio declarativo en primera instancia y tuvieran competencia objetiva los Comarcales.

LEVENE, Ricardo: "Contribución a la historia del Tribunal de recursos extraordinarios". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales*. Buenos Aires, VI, núm. 26; págs. 1107-1133.

La historia de la organización judicial argentina y de la independencia de su poder judicial no puede hacerse sin exponer la trayectoria del Tribunal de más alta jerarquía de la Nación y de sus recursos de alcance político. Por esto se trazan en este trabajo, comprendiendo desde la época hispano-indiana hasta el año 1829—dejando sin exponer hasta 1858, fecha de su supresión definitiva—las vicisitudes del Tribunal extraordinario y de los recursos de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria.

MORENO MOCHOLI, Miguel: "Reconvención y compensación". *Revista de Derecho Procesal*, VII-3, julio-agosto-septiembre de 1951; páginas 487-499.

Estudia, en primer lugar, por separado varios aspectos de la compensación, respecto de la que sostiene que la llamada compensación judicial carece de sustantividad y sólo constituye la consecuencia procesal de los pronunciamientos derivados de la compensación misma, y de la reconvención, en cuanto a la que estima que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que admite la reconvención tácita ha de entenderse con cierta reserva y limitación, especialmente en los procesos que carecen de réplica y dúplica. Poniendo en relación ambas instituciones, cree que, si bien el demandado puede alegar la compensación como excepción o como reconvención, sólo en el primer caso se produce el efecto extintivo propio de tal figura, mientras que en el segundo actúan con independencia los pronunciamientos respecto de ambas deudas, sin estar ligados el uno al otro. Finalmente, señala los distintos efectos de dichas excepción y reconvención de compensación.

PARDO, Antonio J.: "Causales de nulidad en el Juicio ejecutivo". *Estudios de Derecho (Colombia)*, núm. 38; págs. 221-242.

Estudia las causas de nulidad específicas del juicio ejecutivo establecidas en el artículo 451 del Código judicial colombiano, a saber, falta de citación para sentencia de remate, falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes y consecución de la ejecución después de la muerte del deudor. Examina, objetivamente, estas causas en todas sus posibles circunstancias legales para estudiar, después, los sujetos que pueden esgrimir las, la forma como se suscita la nulidad, momento de su alegación, su empleo como excepción en juicio, costas y personas que pueden o no ratificar la actuación.

**RESOLUCIONES DE LA
DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO**

Dirección general de los Registros y del Notariado

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA,
Letrado del M. de Justicia.
Registrador de la Propiedad.

RESOLUCION DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1951

Prescripción y reserva troncal

Constituida hipoteca sobre bienes propios de la reservista para garantizar al comprador de la finca sujeta a reserva, contra los perjuicios que pudiera causarle el posible ejercicio de su derecho por los reservatarios, y transcurridos treinta años desde el fallecimiento del causante determinante de la limitación que impone el artículo 811 del Código civil, la propia reservista, en escrito dirigido al Registrador, solicita la cancelación de aquella carga que, a su juicio, se halla prescrita por simple transcurso del referido plazo de prescripción extintiva. Esa cancelación es denegada en nota que señala dos defectos insubsanables: "1.º Porque constituida la inscripción de hipoteca cuya cancelación se pide en virtud de escritura pública, sólo sentencia firme u otra escritura otorgada por el acreedor tendrán virtualidad suficiente para cancelarla; 2.º Porque la prescripción extintiva del derecho de los reservatarios no se cuenta sino a partir del fallecimiento del reservista, y como este supuesto no ha ocurrido y aún es el mismo quien solicita la cancelación, es claro que está pendiente la reserva que condiciona la hipoteca a favor del adquirente de los bienes reservables, ya que la prescripción adquisitiva a favor de éste no ha comenzado siquiera".

Ratificada la nota por el Presidente de la Audiencia, la Dirección General deniega también la cancelación solicitada, en virtud de las siguientes razones:

A) *La operación pedida sólo puede practicarse, con arreglo a los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 175 de su Reglamento, por escritura o documento auténtico en el que preste su consentimiento la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o por sentencia firme.*

B) *Tanto en el escrito dirigido al Registrador como en el recurso se confunden la extinción del derecho de los reservatarios con la circunstancia de haber transcurrido treinta años computados, desde el fallecimiento del causante, durante los cuales no se hizo constar la condición reservable de los bienes.*

C) *La reserva del artículo 811 hace surgir una expectativa a favor de los reservatarios, que se convertirá en derecho si, a la muerte del ascendiente reservista, existieren parientes que estuvieren dentro del tercer grado y perteneciere a la línea donde los bienes procedan; y*

D) *Los Registradores carecen de atribuciones para resolver lo relativo al cómputo del tiempo necesario para la prescripción, su interrupción*

y sus efectos, cuestiones que deben ser planteadas ante los Tribunales de Justicia.

Son de especial adecuación al recurso presente las Sentencias de 29 de octubre de 1907 y 7 de noviembre de 1927 y las Resoluciones de 27 de junio de 1906, 3 de junio de 1913, 2 de octubre de 1917 y 12 de junio de 1930.

RESOLUCION DE 15 DE ENERO DE 1952

Actos en fraude de la Ley

El testador instituyó herederas usufructuarias vitalicias y pro indiviso, de dos fincas a tres señoras, atribuyendo a la última de ellas que sobreviviese la facultad de disponer. Inscrito así el derecho de las sucesoras, las tres conjuntamente las venden verbalmente al hijo de una de ellas, quien, a su vez, las transmitió a su padre y al marido de otra de las usufructuarias, también en forma indivisa. Instruido y aprobado el correspondiente expediente de dominio a fin de restablecer el tracto interrumpido, es presentado en el Registro el testimonio del auto resultante, solicitándose su inscripción a favor de los dos últimos adquirentes.

Este documento mereció la siguiente calificación: "No admitida la inscripción solicitada por resultar del Registro inscritas las fincas, en usufructo vitalicio por terceras partes indivisas a favor de ..., con la prohibición de enajenar y gravar; mientras subsistan o vivan dos de las citadas tres señoras que, por sobrevivir a las demás, sea heredera en pleno dominio y desde que adquiera éste; no tomándose anotación preventiva por impedirlo la naturaleza insubsanable del defecto, sin que tampoco se haya solicitado".

Confirmada la calificación por el Presidente de la Audiencia, es también ratificada por la Dirección General, en virtud de las siguientes declaraciones:

A) *Es finalidad de los expedientes de dominio habilitar título inscribible al propietario que careciere de él o que, aun teniéndolo, no pudiese inscribirlo por cualquier causa, o reanudar el tracto sucesivo interrumpido, al sustituir al titular por el solicitante, con la extinción de las facultades domineales inscritas y concordar así la realidad jurídica extrarregistral con el contenido de los asientos, que eran inexactos por descuido o desidia de los titulares.*

B) *Así como en las inscripciones de transferencia de bienes inmuebles el adquirente ha de soportar las cargas a que estén sujetos, en los expedientes de dominio el propietario no podrá eludir los gravámenes, condiciones o limitaciones que afecten a las fincas, porque el titular, al no oponerse a la inscripción solicitada, únicamente renuncia a los derechos que pudieran asistirle en el expediente, pero no a ventilar en el juicio declarativo su derecho, ni puede menoscabar los que se hallen constituidos a favor de otras personas, que serán cancelados por los medios determinados en el artículo 82 de la Ley.*

C) *En el expediente de referencia destaca la intención de los herede-*

ros de burlar las cláusulas testamentarias mediante una confabulación familiar, de modo que, si prosperase la pretensión de los recurrentes, se legitimaría un acto que presenta los caracteres técnicos de los realizados en fraude de la Ley, y contra lo dispuesto en el art. 26 de la Ley Hipotecaria, se privaría de eficacia a una prohibición de enajenar, válidamente inscrita, sin las garantías y solemnidades necesarias para tal fin.

(Vid. S. 21 marzo 1910, Res. 30 septiembre 1925, 11 marzo y 24 octubre 1932, 13 julio 1933 y 8 mayo 1946.)

RESOLUCION DE 1 DE FEBRERO DE 1952

Interpretación teleológica de testamento

El causante instituye a su hijo heredero en el usufructo vitalicio de determinados bienes inmuebles, y a sus nietos, hijos de éste, nudos propietarios. Sin embargo, en el mismo documento se priva al usufructuario de facultades de disposición y administración, que se confían a dos de sus hermanos hasta tanto "todos" los nietos alcancen la mayor edad. Los administradores quedan autorizados para enajenar y gravar si las circunstancias llegan a hacerlo necesario.

Ya mayores de edad tres de los cuatro nietos, todavía menor uno de ellos y fallecido el usufructuario, los administradores, entendiéndose que concurren las circunstancias de necesidad previstas en el testamento, venden los bienes.

Denegada la inscripción de esta venta por falta de la oportuna autorización judicial, la Dirección General de los Registros estima también no inscribible el título por virtud de la siguiente doctrina:

A) *La interpretación teleológica de la prohibición de enajenar, im- puesta en el testamento, y las circunstancias acreditadas en el expediente, revelan la intención del testador de privar a su hijo de la disposición de los bienes, confiriéndole solamente el usufructo, acaso por estimar que no reunía las condiciones necesarias para su recta administración y conservación; esta legítima finalidad temporalmente puede ser protegida por el ordenamiento jurídico, pero su alcance y efectividad han de apreciarse en relación con todas las cláusulas del testamento y hechos posteriores, que no permiten concluir, como se hizo en la escritura calificada, que por ser menor uno de los cuatro nietos subsistan la administración y las excepcionales facultades dispositivas establecida por el testamento.*

ADDENDUM.—Vid. Res 24 diciembre 1948 y 21 abril 1949.

JURISPRUDENCIA

I.—JURISPRUDENCIA ARRENDATICA URBANA

ARTURO GALLARDO RUEDA

Registrador de la Propiedad,

Letrado del Ministerio de Justicia

ARTICULO 1.º

CLASIFICACIÓN DE LOCALES ARRENDABLES.—Las edificaciones habitables que, comprendidas genéricamente en la Ley, estén arrendadas para fines no coincidentes exactamente con los de habitación o negocio, o se dediquen simultáneamente a ambas cosas, han de asimilarse a una de las dos especies distinguidas, como lo hace la Ley en sus artículos 7 y 10 (S. 22 de octubre de 1948).

CONTRATO COMPLEJO.—Al de arrendamiento con opción de compra es aplicable el artículo 1.124 del Código civil, sin necesidad de intervención de los Tribunales (S. de 7 de enero de 1948).

ENSEÑANZA CON FIN LUCRATIVO.—Véase sentencia de 10 de julio de 1950 en nota al artículo 10.

RELACIONES JURÍDICAS NO INCLUIDAS EN LA LEY.—Véase sentencia de 29 de mayo de 1950, en nota al artículo 13.

PRECARIO.

1. Es precarista todo el que utiliza la posesión de un inmueble sin pagar merced y sin título para ello o con título ineficaz para enervar el del dueño que ejercita la acción de desahucio (S. de 16 de junio de 1947).
2. Es precarista la usufructuaria que habitó la vivienda en concepto de tal hasta que ésta fué vendida en subasta por débitos de contribución, sin gravamen ni carga alguna en favor de aquélla (S. de 27 de julio de 1947).
3. No es precarista quien posee la cosa por un título de dominio que precisa invalidar en el adecuado procedimiento para poder privarle de la posesión de ella (S. de 10 de octubre de 1949).

SOLARES.

1. No es aplicable esta Ley al contrato de arrendamiento de un solar en el que posteriormente se autorizó al arrendatario para construir un cobertizo donde pudiera instalar una báscula y un aparato de sierra. Confirman esta tesis los D. de 29 de diciembre de 1931, 21 de enero de 1936 y la Sentencia de 2 de marzo de 1948 (S. de 29 de octubre de 1949).
2. Se diferencian con precisión de la vivienda y del local de negocio, que son construcciones permanentes, aptas de modo fundamental para ser habitadas, en tanto que aquéllos son superficies enclavadas en zona urbana o en vía de urbanización, pero inadecuadas para ser habitadas, aunque existan en su ámbito algunas edificaciones cubiertas o no y con mayor o menor solidez fabricadas (S. de 31 de enero de 1950).

ARTICULO 4.º

CONCEPTO DE INDUSTRIA.

1. Debe calificarse de arrendamiento de local de negocio el de un cinematógrafo en el que el propietario no ejercía la industria de exhibición de películas en tiempo inmediatamente anterior al último contrato, y funcionaba con equipo sonoro propiedad del actual arrendatario (S. de 21 de abril de 1949).
2. No cabe calificar de simple arrendamiento de local de negocio el de la explotación de parte de un molino maquilero en la forma establecida por su propietario, con todos los elementos integrantes a tal fin, indivisibles en su destino, con la energía y motor eléctricos para su funcionamiento y aquella vida propia que implica la clientela inherente a tal modo de molturación (S. de 2 de julio de 1949).
3. El objeto del contrato en que la demanda se basa, fué un complejo de elementos materiales coordinados entre sí por su estructura y disposición, determinados a un uso industrial determinado y aptos para funcionar inmediatamente: es decir, un todo organizado para la realización de una finalidad productiva, lo cual constituye una unidad patrimonial que cae dentro de un concepto legal de industria contenido en el art. 4.º de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (S. de 27 de septiembre de 1949).

LOCALIZACIÓN MIXTA DE INDUSTRIA Y LOCAL DE NEGOCIO. — Lo es la que, en un mismo contrato, comprende el arrendamiento de un molino en funcionamiento y el de unas naves vacías anejas a aquél, en las que el arrendatario instala una fábrica de harinas. A efectos de legislación aplicable, debe mantenerse como una sola relación jurídica indivisible, según quisieron las partes y aplicársele las normas rectoras del elemento dominante que es el molino, es decir, el Código civil (S. de 25 de abril de 1951).

ARTICULO 5.º

PRECEDENTES.—El Decreto de 21 de enero de 1930 se propuso exclusivamente, según expresa su preámbulo y aparece en su articulado, defender contra posibles abusos a los arrendatarios que, mediante su propio capital y actividades, crearan en la finca arrendada una riqueza de la que no sería justo desposeerles, pero no tiene aplicación cuando, como ocurre en el caso de autos, tal riqueza no es obra del arrendatario desahuciado (S. de 15 de marzo de 1948).

ARTICULO 6.º

CASINOS.—Véase S. de 22 de octubre de 1948, en nota al art. 8.º

CONOCIMIENTO DE LA TRANSMISIÓN.—Ha de ser preciso y exacto, por lo que puede estimarse suficiente el requerimiento hecho por el arrendatario «para el supuesto de que sean ciertos los términos del contrato, tal como han llegado a su conocimiento» (S. de 23 de marzo de 1949).

PLAZO ANTERIOR DE DOS AÑOS.—Entre las dos interpretaciones que se sostienen del precepto, es decir, que precisa que el contrato se halle estipulado en todo caso por dos años, o que lo que la Ley exige es que se venga disfrutando de la cosa arrendada por más de dos años cualquiera que fuere la duración del contrato, aunque tal disfrute se venga realizando sin interrupción en años sucesivos y con diferencia en sus cláusulas, la segunda se ofrece como la más procedente por las razones siguientes: a) Porque lo mismo el artículo citado que la adición al 2.º párrafo 3.º del D. de 20 de diciembre de 1931, como quedó redactado por D. de 2 de agosto de 1934, habla de «duración del arrendamiento», es decir, de la situación arrendaticia, no del término fijado en el contrato; b) Porque la finalidad de tal disposición consiste en evitar la perturbación que en el modo de vivir del arrendatario, con una situación creada, pueda tener la rescisión del contrato conforme a las normas del Derecho común, y c) Porque las dudas, tratándose de una legislación protectora del inquilino, como la de arrendamientos urbanos, deben resolverse en favor de éste (S. de 21 de abril de 1949).

ARTICULO 8.º

CASINOS.—Debe calificarse como local de negocio el ocupado por el Circulo mercantil, por cuanto sus fines son de lucro (S. de 22 de octubre de 1948).

ARTICULO 10

DEPÓSITOS Y ALMACENES.—Puesto que la Ley no define los depósitos ni los almacenes, no queda infringido el precepto por no estimarse serlo el local

arrendado, tal como quedo al trasladar a otro su comercio el arrendatario (S. de 27 de octubre de 1950).

OFICINA.—No es oficina el local arrendado para funcionamiento de una academia privada de enseñanza, que persigue fin lucrativo (S. de 10 de julio de 1950).

ARTICULO 11

RENUNCIA A LA ACCIÓN REVISORA DE LA RENTA.—Es lícita la heccha en el contrato por arrendatario de local de negocio (S. de 14 de febrero de 1949).

ARTICULO 13

ANALOGÍA LEGIS.—Cuando hay una ley de terminante aplicación, no es lícito acudir a otras normas legales, por similar que parezca la situación afectada (S. de 8 de mayo de 1950).

ANALOGÍA EN EL TANTEO Y RETRACTO.—La referencia al art. 1.518 del Código civil, hecha en el 48 de esta Ley, debe entenderse analógicamente extensiva al 47 (S. de 5 de diciembre de 1950).

INTERPRETACIÓN.

1. Las dudas a que den lugar los términos del contrato imponen su resolución en favor del arrendatario, dado el espíritu protector que inspira la Ley de Arrendamientos Urbanos (S. de 28 de febrero de 1949).
2. Los Tribunales al aplicar las leyes deben atender a la regla hermenéutica que aconseja la conexión de todos los preceptos legislativos que traten de la cuestión a resolver, indagando y armonizando el espíritu de un artículo, en combinación con los demás del mismo Cuerpo legal que haya de aplicarse (S. de 27 de mayo de 1949).

LEY ESPECIAL Y CÓDIGO CIVIL.

1. Véase S. de 7 de enero de 1948, en nota al art. 149, 1.ª
2. Debe estimarse que existen cuestiones derivadas de la cuestión arrendaticia, que, bien por la singularidad de los pactos establecidos en el contrato, bien porque la acción que se ejercita no tenga su apoyo en derechos reconocidos en normas especiales, deben ser resueltas por las sustantivas y procesales de la legislación común, si bien la aplicación de este criterio deberá hacerse con la máxima cautela para evitar que, poco meditadas interpretaciones, desvirtúen la finalidad social que la Ley especial persigue (S. de 20 de mayo de 1950).

CARACTERÍSTICAS DEL SUBARRIENDO.—Lo son las notas de arrendar y no enajenar los derechos nacidos del primer arrendamiento, con la completa subsistencia de éstos y continuando la intervención en todo el tracto de su desenvolvimiento, del antiguo arrendatario y subarrendador (S. de 23 de junio de 1947).

ARTICULO 14

CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR.—En la causa 2.^a de desahucio del art. 149 están incluidos por igual el subarriendo total que el parcial (S. de 28 de octubre de 1950).

INTERPRETACIÓN.—Véase sentencia de 10 de julio de 1950, en nota al art. 129.

ARTICULO 20

SUBSISTENCIA DEL SUBARRIENDO.—Vid. S. de 15 de marzo de 1951, en nota a los artículos 70 y 152, 3.^a

ARTICULO 33

APORTACIÓN DE LOCAL ARRENDADO A UNA SOCIEDAD.—La hecha por el arrendatario a una sociedad, para formar el capital social, no cabe desconocer la efectividad de la cesión y su aptitud para determinar la resolución del contrato (S. de 20 de enero de 1948).

INTERPRETACIÓN.—Véase sentencia de 10 de julio de 1950, en nota al art. 149.

NOTAS CARACTERIZADORAS DE LA CESIÓN.—Lo son la completa sustitución del primitivo contrato de arrendamiento por el nuevo y del arrendatario por el nuevo contratante, con eliminación total de la personalidad jurídica del primero en la relación arrendaticia, que pasa a quedar subsistente según el propósito de los contratantes, entre el propietario y el nuevo adquirente, con novación por sustitución de la persona del arrendatario (S. de 23 de junio de 1947).

ARTICULO 36

CESIONARIOS.—La demanda al cesionario no es exigible cuando lo cedido es un local de negocios (S. de 10 de julio de 1950).

ARTICULO 44

INTERPRETACIÓN.—Véase sentencia de 10 de julio de 1950, en nota al art. 149.

TRASPASO Y CONTRATO PREPARATORIO.—Vendidas al cesionario todas las existencias y efectos del establecimiento y reconocida ante notario la cesión de

la explotación mercantil, debe estimarse perfeccionado y consumado el traspaso y no un precontrato, por grande que sea la extensión que dentro de la libertad contractual autorizada por los artículos 1.088 y 1.255 del Código civil pueda darse a tal figura jurídica (S. de 8 mayo de 1950).

ARTICULO 45

Aunque el art. 45 exige, para que el derecho de traspaso se produzca, que el arrendatario esté legalmente establecido con un año de antelación, ello no puede identificarse con la circunstancia de que se pague la correspondiente contribución, requisito de orden fiscal que, a menos de disposición expresa en contrario, no puede afectar al nacimiento o extinción de los derechos civiles, debiendo interpretarse más bien en el sentido de que el establecimiento se halle funcionando y abierto al público, máxime tratándose de casos como el presente en que el demandado elevó la renta del local en el 40 por 100, a base de tratarse de un local de negocio, y en ello estuvo conforme el arrendatario, por lo que nunca le sería lícito ir contra sus propios actos, desconociendo el carácter de tal establecimiento en cuestión (S. de 6 de abril de 1951).

ARTICULO 47

INEFICACIA DEL TRASPASO.—Es ineficaz el convenio después de ejercitarse, en plazo legal, por el arrendatario, el derecho de tanteo (S. de 26 de junio de 1950).

REEMBOLSO O CONSIGNACIÓN.—Es también requisito para el ejercicio del tanteo, igual que para el del retracto del artículo siguiente, puesto que ambos derechos, doctrinalmente diferenciables, responden a idéntica finalidad económica (S. de 5 de diciembre de 1950).

ARTICULO 64

RETRACTO Y ENAJENACIÓN DE NUDA PROPIEDAD.—No procede el ejercicio del retracto arrendaticio cuando lo enajenado es sólo la nuda propiedad, reservándose el vendedor el usufructo (S. de 12 de febrero de 1949).

ARTICULO 69

DECLARACIÓN DEL VENDEDOR.—La manifestación de que el piso se vende como libre no quiere decir que no estuviera arrendado, sino falto de cargas o gravámenes (S. de 23 de marzo de 1949).

ARTICULO 70

ARRENDAMIENTOS OTORGADOS POR EL VENDEDOR.—Siendo inicialmente ineficaces los contratos otorgados por el vendedor durante el plazo de retracto, adquieren eficacia si el comprador les presta después su consentimiento, de acuerdo con la norma del art. 1.259, párrafo segundo del Código civil (S. de 26 de junio de 1947).

CAMBIO DE DUEÑO.—La adjudicación judicial de inmueble no puede consistir en otra cosa que en poner en posesión de ellos al acreedor, llegando al lanzamiento del deudor que nos ocupe, sin necesidad de un nuevo pleito, por no ser esta medida legal exclusiva del juicio de desahucio (S. de 26 de junio de 1950).

CÓDIGO CIVIL Y LEY ESPECIAL.—La prórroga forzosa del contrato, que inspira la legislación arrendaticia desde el D. de 21 de junio de 1920, es radicalmente incompatible con lo prevenido en el art. 1.571 del Código civil (S. de 9 de enero de 1948).

INCOMPATIBILIDAD DE LA PRÓRROGA LEGAL Y LA RECONDUCCIÓN TÁCITA.—La prórroga del plazo pactado no puede producirse a la vez por dos causas incompatibles entre sí, como son la tácita reconducción, que supone concurso de voluntades no expresas de arrendador y arrendatario, y la prórroga legal a voluntad exclusiva de éste y forzosa para aquél, pues de admitirse la coexistencia de ambas se llegaría a la conclusión, contraria a la justicia, de que, aprovechándose el arrendatario de las ventajas que le proporcionare la tácita reconducción, podría dar por terminado sin responsabilidad el arrendamiento, sin transcurrir el tiempo de prórroga (S. de 8 de marzo de 1948).

OBJETO DE LA PRÓRROGA.—El arrendatario no puede solicitar prórroga respecto a una parte sólo del objeto del contrato que, comprendiendo varios locales, fué único. Tal novación sólo es posible convencionalmente (S. de 21 de marzo de 1949).

PRÓRROGA FORZOSA Y SUBARRIENDO.—La facultad legal del arrendatario de prorrogar el arrendamiento después del tiempo determinado convenido para su duración, no puede estimarse que le vincula indefinidamente al contrato por la existencia de un subarrendatario cuya facultad de prorrogar el subarriendo está limitada en el tiempo a la subsistencia del arriendo, porque lo contrario conduciría a la conclusión de que el arrendamiento estaba subordinado en el tiempo al subarriendo, principio contrario a la naturaleza de ambos contratos (S. de 15 de marzo de 1951).

ARTICULO 72

CONTINUADORES.—En caso de fallecimiento del inquilino deben ser demandados todos los coparticipes en el derecho de continuación, y la excepción de

litis consorcio, que se produce al no hacerse así puede ser apreciada de oficio por el Tribunal (S. de 30 de septiembre de 1950).

ARTICULO 73

DERECHOS DEL SOCIO.—Solo adviene arrendatario por la muerte de su consocio que lo fuere al morir, a falta de heredero o del deseo de éste a continuar el arrendamiento (S. de 21 de noviembre de 1950).

NATURALEZA DEL DERECHO DE LOS HEREDEROS.—Los derechos del contrato de arrendamiento de un establecimiento mercantil no se transmiten a los herederos del arrendatario y sólo les otorga el beneficio de prórroga del arriendo para continuar el negocio, pero sin autorizarles para la cesión. Si no les conviene prolongar la explotación, vienen obligados a poner a disposición del propietario el local arrendado (S. de 15 de enero de 1949).

SUCESIÓN ENTRE SOCIEDADES.—Al hecho de la muerte, independiente de la voluntad del que muere, no puede equipararse en Derecho la disolución de una sociedad por la exclusiva voluntad de los socios, para estimar el derecho a advenir arrendataria otra que, a su vez, se halle en sociedad con la que lo sea a su disolución voluntaria (S. de 21 de noviembre de 1950).

ARTICULO 76

INAPLICABILIDAD AL SUBARRIENDO.—La necesidad del propietario no es causa inmediata de resolución del contrato de subarriendo (S. de 8 de mayo de 1950).

LOCAL RECLAMADO.—No puede el arrendador negar la prórroga en cuanto a parte del objeto único del contrato, aun cuando en él se integren varios locales (S. de 21 de marzo de 1949).

NECESIDAD FRENTE AL SUBARRENDATARIO.—La necesidad del propietario de ocupar la vivienda no es causa de resolución del contrato de subarriendo, según el art. 152 (S. de 8 de mayo de 1950).

ARTICULO 79

PERSONALIDAD DEL DEMANDADO.—Los problemas relacionados con la elección del arrendatario desahuciable pueden ventilarse previamente a la negación de la prórroga (S. de 9 de abril de 1949).

PROFESIÓN U OFICIO SUJETO A TRIBUTACIÓN.—El alta para pago de la contribución debe ser anterior a la demanda (S. de 9 de abril de 1949).

ARTICULO 90

RECLAMACIÓN DE LOCAL DE NEGOCIO.—El decrecimiento de los beneficios industriales del arrendador no determina necesidad (S. de 26 de junio de 1950).

ARTICULO 92

ESTABLECIMIENTO DE NUEVO NEGOCIO.—El propósito de establecer un nuevo negocio no constituía ni constituye causa de resolución del arrendamiento (S. de 26 de junio de 1950).

ARTICULO 102

PROPÓSITO DE EDIFICAR.—No se requiere la presentación de planos, proyectos ni presupuestos de obras, que suponen desembolsos no exigibles al propietario cuando todavía ignora si prosperará su pretensión, ni señalamiento de rentas probables que sólo pueden conocerse después de edificar la finca y conocer el capital invertido (S. de 12 de junio de 1950).

ARTICULO 106

DEMOLICIÓN ACORDADA DE OFICIO POR LA AUTORIDAD.—En la legislación anterior se asimila al perecimiento de la finca por caso fortuito (S. de 3 de marzo de 1951).

ARTICULO 114

COBERTIZOS.—Véase sentencia de 29 de octubre de 1949, en nota al art. 1.º

EDIFICACIONES EN SOLARES.—Véase sentencia de 31 de enero de 1950, en nota al art. 1.º

SOLARES.—Véase sentencia de 1 de marzo de 1948, en nota a la Disposición transitoria 27.

ARTICULO 115

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES.—Son éstos los únicos a quienes corresponde resolver en definitiva sobre la procedencia de la reclamación, que solamente cabrá rechazar cuando, no obstante la autorización del Gobernador civil, resulte que no se han cumplido los demás requisitos legales o se demuestre claramente que el proyecto de derribo es ficticio, encubre propósitos contrarios a la finalidad perseguida por la Ley (S. de 12 de junio de 1950).

ARTICULO 118

CASINOS.—Procede la elevación del 40 por 100 en la renta que satisface un Círculo Mercantil, dado que su calificación es la de local de negocio (S. de 22 de octubre de 1948).

ARTICULO 120

PACTO DE REVISIÓN VÁLIDO.—Lo es en un contrato de arrendamiento de local de negocio, el pacto de renuncia la acción revisoria de la renta durante determinado plazo, transcurrido el cual la cuestión será examinada y resuelta por amables componedores dentro de ciertos límites (S. de 14 de febrero de 1940).

ARTICULO 122

FINCAS RECONSTRUIDAS.—Este precepto se refiere a las construidas u ocupadas por primera vez después de 1.º de enero de 1942, no a los reconstruidos (S. de 29 de enero de 1948).

LIBERTAD DE RENTA.

1. Debe entenderse infringido este precepto cuando, habiéndose pactado determinada merced con el primer ocupante, al ser ocupada la vivienda por el siguiente, se eleva aquélla, sin comunicarse por el arrendador la causa de dicho aumento y el precepto o preceptos que lo autorizaban (S. de 9 de mayo de 1949).
2. Aún en los arrendamientos de renta legalmente libre, la falta de declaración de la renta a efectos fiscales lleva como consecuencia ineludible, tanto en la legislación anterior como en la vigente, la facultad del inquilino de limitar el pago de sus alquileres a las cantidades declaradas oportunamente a la Hacienda por el propietario (S. de 16 de mayo de 1949).
3. La libertad de fijación de renta continúa condicionada a su oportuna declaración a la Hacienda. Hace referencia a las Leyes de 16 de diciembre de 1940 y 7 de mayo de 1942 (S. de 16 de mayo de 1949).

ARTICULO 126

DERRAMA POR ELEVACIÓN DE CONTRIBUCIONES.

1. No constituye tal elevación la extinción de la exención del 50 por 100 de la contribución, que venía disfrutando la finca (S. de 5 de marzo de 1948).

2. El Decreto de 21 de enero de 1936 no autoriza la elevación de alquileres por aumento de los tipos contributivos, permitiendo sólo la modificación cuando por revisiones catastrales se adjudique a la finca mayor valor (S. de 5 de marzo de 1948).

DIFERENCIAS CONTRIBUTIVAS DERRAMABLES.—Fue propósito del legislador que el propietario a quien las leyes impiden la elevación de rentas, dentro de ciertos límites, pudiera compensarse del gravamen, repartiéndolo entre los inquilinos, pero no cuando dicho aumento se produjera por consecuencia de un acto puramente voluntario del arrendador, como es el caso de que éste elevase la renta en un 40 por 100, a tenor de lo dispuesto en el art. 118; pues de otro modo el aumento de renta autorizado no se limitaría a dicho 40 por 100, sino que sería extensivo al importe del aumento de contribución resultante de la elevación de dicha renta, interpretación no sólo en pugna con la letra del precepto, sino con el espíritu de protección al inquilino que inspira toda la legislación de alquileres (S. de 8 de marzo de 1949).

ARTICULO 130

CONSENTIMIENTO DEL INQUILINO.—El prestado mediando error sobre la legitimidad y justificación de la derrama propuesta es nulo (S. de 5 de marzo de 1948).

LIBERTAD DE PACTO Y ACCIÓN REVISORIA.—Los principios que inspiran el artículo 1.091 del Código civil no rigen en materia de arrendamientos urbanos, que autoriza la acción revisoria cuando la renta convenida sea superior a la autorizada por la Ley especial (S. de 9 de mayo de 1949).

ARTICULO 131

DIFERENCIAS POR CONTRIBUCIONES.—Véase S. de 5 de marzo de 1948 en nota al artículo 126.

ELEVACIÓN DE LA RENTA EN LOCALES DE NEGOCIO.—Véase S. de 22 de octubre de 1948, en nota al art. 118.

NEGATIVA A LA ELEVACIÓN PROPUESTA.—Convocado acto de conciliación sobre aceptación de la elevación del 40 por 100 de la renta, propuesto por el arrendador, la incomparecencia del arrendatario, seguida del posterior ofrecimiento de la merced, sin incluir el referido aumento, implica negativa a su aceptación (S. de 2 de febrero de 1951).

OPCIÓN.—No es lícito el ejercicio de una acción declarativa de la legitimidad del aumento propuesto, a fin de optar, en trámite de ejecución de sentencia, por la percepción de las diferencias o la resolución del contrato (S. de 30 de noviembre de 1948).

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.—Véase sentencia de 17 de junio de 1950 en nota al artículo 161 E).

ARTICULO 133

ALCANCE.—Este precepto, sin distinción de casos, y, por tanto, lo mismo en los previstos en el art. 120 que en el 122, faculta al inquilino para limitar el pago de sus alquileres a las cantidades declaradas oportunamente a la Hacienda (S. de 16 de mayo de 1949).

ANTECEDENTES.—Concede a los inquilinos los mismos derechos que les otorgaban las Leyes de 16 de diciembre de 1940 y 31 de diciembre de 1945 (S. de 4 de marzo de 1948).

ARTICULO 143

REPARACIONES URGENTES.—LO SON las obras de saneamiento que el arrendador puede realizar y el arrendatario debe tolerar aunque le sean muy molestas (S. de 9 de febrero de 1948).

ARTICULO 140

APORTACIÓN DEL LOCAL A UNA SOCIEDAD.—Cuando el pago del precio haya de correr en lo sucesivo a cargo de la Sociedad constituida entre el arrendatario y otra persona, y domiciliada en el mismo local, se dan las características del subarriendo que de no ser consentido por el arrendador, da lugar al desahucio (S. de 29 de enero de 1949).

DAÑOS.

1. No procede la resolución cuando los deterioros y desperfectos de la finca arrendada obedecen al uso normal a que se la destina (S. de 23 de enero de 1948).

ARTICULO 149, 5.º

2. No hay dolo en el hecho de colocar leña en el patio de la finca (Sentencia de 28 de febrero de 1949).

ARTICULO 149

DESAHUCIO POR SUBARRIENDO.—El precepto no distingue entre subarriendo total o parcial (S. de 28 de octubre de 1950).

EXENCIÓN DE ALQUILERES.—El beneficio de exención de pago de la renta adeudada en período rojo, consignado en el artículo cuarto de la Ley de 9 de junio de 1939, afecta por igual a las personas naturales y a las jurídicas.

FALTA DE PAGO Y OPCIÓN DE COMPRA.—Pactado un arrendamiento con opción de compra a favor del arrendatario y facultad del arrendador de resolver el contrato por falta de pago de la renta, producida ésta, es aplicable el artículo 1.124 del Código civil, dado el carácter complejo de la relación jurídica creada distinta de la simple locación (S. de 7 de enero de 1948).

IRRETROACTIVIDAD DE LAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN.—Véase S. de 8 de marzo de 1948, en nota a la Disp. transit. 13.*

LEGISLACIÓN APLICABLE.—Véase S. de 13 de noviembre de 1948, en nota a la Disposición transitoria 13.*

LEGITIMACIÓN ACTIVA.

1. La tiene para instar el desahucio quien esgrime título de dominio fundado en sucesión testamentaria indiscutida y garantizado con inscripción en el Registro, por aplicación combinada de los arts. 38 de la Ley Hipotecaria y 1.564 de la de Enjuiciamiento civil (S. de 12 de mayo de 1949).
2. Es indudable que el título inscrito de dominio acredita debidamente la posesión real con los caracteres de civilísima, que exige el art. 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento civil (S. de 8 de octubre de 1949).

PERSONALIDAD.—Es causa de resolución el subarriendo inconsentido, otorgado por quien tenía la representación del arrendatario al pactarse el contrato principal (S. de 20 de diciembre de 1948).

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENTIDO.—Prescribe a los quince años (S. de 29 de enero de 1949).

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.—Como las demás que no tienen señalado un plazo específico en la Ley, la acción de resolución por subarriendo no consentido, prescribe a los quince años desde que pudo ejercitarse (S. de 29 de enero de 1949).

SUBARRIENDO OTORGADO POR LOS CONTINUADORES.—Deben ser demandados conjuntamente todos (S. de 30 de septiembre de 1950).

SUBARRIENDO Y CESIÓN.—Lo que la Ley no autoriza en modo alguno, llámese traspaso, cesión por subarriendo, es que el piso arrendado a determinada persona sea ocupado y utilizado por otra contra la voluntad expresa del propietario, procediendo, por ello, la resolución del contrato (S. de 10 de julio de 1950).

SUCESIÓN DE PARTES EN EL PLEITO.—Mientras la sustitución del arrendador, que se dice operada por compra de la finca, no sea reconocida por el arrendatario y por el nuevo propietario, o declarada judicialmente con eficacia para ambos, no se puede privar al arrendatario de discutir derechos derivados del contrato de arrendamiento, con aquel con quien contrató (S. de 16 de mayo de 1949).

TITULAR INSCRITO.—No puede negarse al titular inscrito la actitud para promover juicio de desahucio, ya que la falta de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica es una cuestión a dilucidar en el correspondiente juicio ordinario (S. de 27 de mayo de 1950).

ARTICULO 150

PERSONALIDAD DEL ARRENDADOR.—La sucesión, a título singular de compraventa, en la propiedad de la finca arrendada, operada por escritura pública el mismo día del emplazamiento y sin trascendencia aun para el contrato originario, de arrendamiento, no basta para eliminar la personalidad del arrendador en el pleito, y menos si en él se reclama el pago de una cantidad, cuya determinación exige la fijación de la renta que debía pagarse, y en cuya responsabilidad, si la hubiere, no alega el demandado haberse subrogado los compradores (S. de 16 de mayo de 1949).

ARTICULO 152

EXTINCIÓN DEL SUBARRIENDO.—Ningún precepto legal prohíbe al arrendatario subarrendador poner fin a su contrato de arrendamiento que, por su naturaleza, según definición del art. 1.543 del Código civil, es por tiempo determinado, condición que corresponde al subarriendo, de la misma naturaleza que el arrendamiento, a cuya duración está subordinado, por la imposibilidad de subsistir sin aquél (S. de 15 de marzo de 1951).

NECESIDAD DEL PROPIETARIO DE OCUPAR LA VIVIENDA SUBARRENDADA.—Véase S. de 8 de mayo de 1950, en nota al art. 76, 1.^a

PRÓRROGA FORZOSA DEL SUBARRIENDO.—Por regla general, no se da la prórroga forzosa en dicho contrato, y así se infiere del apartado A), núm. 3.º del mismo art. 152, según el cual es causa de resolución el vencimiento del plazo pactado para el subarriendo, salvo lo dispuesto en los artículos 20 y 21, lo que excluye aquella prórroga (S. de 8 de mayo de 1950).

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.—La sentencia firme de desahucio decretada contra el arrendatario impone en su ejecución el lanzamiento del mismo y de todo aquel que esté en posesión de la cosa litigiosa por título que dimanase del primitivo contrato de arrendamiento, sin que sea preciso dirigir también la acción de desahucio contra el subarrendatario. La tesis

contraria daría lugar a fraudes de la Ley, y, por otra parte, los derechos derivativos no deben tener mayor extensión que el originario (S. de 10 de noviembre de 1949).

ARTICULO 158

AMBITO DEL JUICIO DE DESAHUCIO.—Cuando existen en el contrato de arrendamiento de otros pactos que trascienden de la mera cesión del goce de una finca, mediante el abono de una renta, por cierto tiempo, es imposible legalmente que ellos puedan quedar resueltos en un juicio de la naturaleza sumaria del de desahucio, y su conocimiento ha de ser reservado al declarativo correspondiente (S. de 19 de febrero de 1948).

CONTENIDO DEL PROCEDIMIENTO DE DESAHUCIO.—No pueden decidirse en él cuestiones referentes al derecho de propiedad (S. de 1 de junio de 1947).

LEGITIMACIÓN ACTIVA.—Véase sentencia de 27 de mayo de 1950, en nota al artículo 149.

ARTICULO 161

ENERVACIÓN DE ACCIÓN.—Cuando el arrendador, ejercitando el derecho que le confiere el artículo 131, opta por la resolución del contrato, esta acción no puede ser enervada porque el arrendatario pague o ponga a disposición del actor en el Juzgado el importe de las cantidades reclamadas, porque tal medio de enervar la acción únicamente lo admite la Ley, en su artículo 161 cuando se trate de acciones por falta de pago de la renta o de las cantidades que se asimilan a ella, y la ejercitada por el arrendador en este caso fué fundamentalmente la acción sobre legitimidad del incremento de la renta, de características propias y distintas de la de falta de pago (S. de 17 de junio de 1950).

FALTA DE PERSONALIDAD EN EL ACTOR.—Su alegación no puede modificar las normas procesales de los artículos 160 y 163 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, a que ha de ajustarse el tribunal (S. de 22 de septiembre de 1947).

ARTICULO 162

COSTAS.—El art. 1.582 de la Ley de Enjuiciamiento civil no es aplicable al juicio de desahucio tramitado conforme a la Legislación especial de arrendamientos (S. de 29 de enero de 1948).

ARTICULO 169

COSA JUZGADA.—La cosa juzgada es excepción que afecta al fondo del pleito y su estimación sólo puede dar lugar al recurso de injusticia notoria por infracción de precepto o de doctrina legal (S. de 16 de noviembre de 1949).

INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN.—No incurre en ella la sentencia que entiende debe tramitarse el litigio conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos y no a las de 16 de diciembre de 1940 y 31 de diciembre de 1945, por cuanto el art. 133 de aquélla reconoce a los inquilinos el mismo derecho que aquellas disposiciones les otorgaban (S. de 4 de marzo de 1948).

PRUEBAS DOCUMENTAL Y PERICIAL.—No son tales los escritos de proposición ni el interrogatorio de los testigos, ni sus declaraciones, ni las manifestaciones verbales de la representación de la parte (S. de 9 de abril de 1949).

ARTICULO 170

RENUNCIA A LA APELACIÓN.—Renunciada tácitamente la apelación que autoriza la disposición transitoria 2.^a de la Ley de 21 de abril de 1949, remitiéndose con algunas modificaciones a los arts. 705 y sig. de la de Enjuiciamiento civil, no es procedente acudir al recurso extraordinario de injusticia notoria (S. de 28 de octubre de 1950).

ARTICULO 172

ACUMULACIÓN DE ACCIONES.—La acumulación de las ejercitadas por falta de pago y resolución por subarriendo in consentido en un solo proceso de cognición no da lugar al recurso de injusticia por quebrantamiento de forma que exige no sólo el de las formalidades esenciales del juicio, sino que es preciso que el mismo haya producido indefensión al recurrente (S. de 23 de diciembre de 1949).

APELACIÓN E INJUSTICIA.—No es procedente el recurso extraordinario de injusticia notoria cuando puede interponerse el ordinario de apelación (S. de 28 de octubre de 1950).

INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN.

1. De la interpretación conjunta de los arts. 160 y 172 se desprende que el legislador ha querido excluir la incompetencia de jurisdicción del recurso de injusticia por quebrantamiento de forma (S. de 19 de enero de 1950).
2. No puede dar lugar al recurso de injusticia por quebrantamiento de forma (S. de 16 de febrero de 1940).
3. La incompetencia de jurisdicción no puede dar lugar al recurso por quebrantamiento de forma (S. de 16 de febrero de 1950).
4. Se reitera la anterior doctrina con base en el art. 1.602 de la Ley de Enjuiciamiento civil (S. de 21 de febrero de 1950).

INDEFENSIÓN.

La providencia que suspende el emplazamiento de las partes para la apelación hasta que no se hicieran los debidos reintegros no produce indefensión (S. de 16 de noviembre de 1949).

Así como la denegación de una pertinente diligencia de prueba puede producir indefensión a la parte que la solicita, su admisión no puede producir tal efecto, y, por eso, el art. 567 de la Ley de Enjuiciamiento civil no da recurso alguno contra las providencias en que se acuerde (S. de 21 de febrero de 1950).

INJUSTICIA POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA.—No puede fundarse en la existencia o ineficacia de la acción en el instante en que se ejercita, porque ésta es cuestión de fondo, propia de un recurso de injusticia notoria (S. de 9 de marzo de 1949).

ARTICULO 175

EJERCICIO DE PROFESIÓN COLEGIADA SUJETA A TRIBUTACIÓN.—El alta en la Contribución debe ser anterior a la demanda (S. de 9 de abril de 1949).

ARTICULO 180

CUESTIONES SOMETIDAS A NORMAS ESPECÍFICAS.—Véase S. de 4 de marzo de 1948, en nota al art. 160, 1.º

DISPOSICION TRANSITORIA 1.ª

RETROACTIVIDAD.—Véase S. de 13 de noviembre de 1948, en nota a la Disposición transitoria 13.ª

DISPOSICION TRANSITORIA 2.ª

SUBARRIENDO NO AUTORIZADO.—Esta norma funciona, siempre que se den sus presupuestos legales, aunque el arrendador no hubiese autorizado el subarriendo (S. de 12 de marzo de 1948).

DISPOSICION TRANSITORIA 13

ALCANCE DE LA RETROACTIVIDAD.—La sentencia dictada con anterioridad a la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos no pudo infringir el artículo 90 de la misma, de cuyo efecto retroactivo están expresamente excluidas las prescripciones del Cap. XI, en que se regulan las causas de resolución (S. de 8 de marzo de 1948).

DISPOSICION TRANSITORIA 14

IRRETROACTIVIDAD DEL CAPÍTULO XI.—Los actos que implican transformación de la vivienda en local de negocio y las obras que modifican la configuración, en cuanto causas de resolución del contrato, sólo pueden ser juzgados conforme a la legislación vigente en el momento de su realización (S. de 13 de noviembre de 1948).

DISPOSICION TRANSITORIA 14 (bis)

La prórroga tácita y la legal no son posibles sino cuando su previsión o admisión resulten con toda claridad de la propia estipulación.

Al referirse esta disposición a la que le precede, establece la excepción de no ser aplicable la Ley al caso previsto en ella (S. de 13 de junio de 1951).

DISPOSICION TRANSITORIA 15

INTERPRETACIÓN.—Al requerimiento practicado con las condiciones exigidas por el art. 5.º del D. de 21 de enero de 1936, y con anterioridad a la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, no le es aplicable esta disposición transitoria, como se echa de ver, relacionándola con la siguiente (S. de 8 de marzo de 1948).

DISPOSICION TRANSITORIA 16

INTERPRETACIÓN.—De esta norma se deduce que no fué propósito del legislador retrotraer el curso de los autos al instante de su iniciación, sino continuar su tramitación en el estado en que se hallaren al promulgarse la nueva Ley, acomodándose a las normas adjetivas del Cap. XII (S. de 8 de marzo de 1948).

DISPOSICION TRANSITORIA 17

CUESTIONES PLANTEABLES.—Habiéndose solicitado dentro de los quince días la suspensión del procedimiento hasta tanto la autoridad gubernativa resolviera el trámite previo impuesto por los arts. 76, 2.º y 102 y sig. de la Ley, háse rebasado el contenido que esta Disposición transitoria, que sólo permite suscitar discrepancias sobre si la cuestión debatida debía sustanciarse por las normas procesales de la legislación especial o la común (S. de 26 de octubre de 1949).

DISPOSICION TRANSITORIA 20

AMBITO DE APLICACION.—Este precepto se refiere a los inmuebles dañados a consecuencia de la guerra de Liberación u otra causa de fuerza mayor, cuya reconstrucción no estuviera terminada a la vigencia de la Ley especial, pero no al caso discutido por hallarse la reconstrucción terminada varios años antes de su entrada en vigor (S. de 29 de enero de 1948).

DISPOSICION TRANSITORIA 27

DISPOSICIONES DEROGADAS.—Aun admitiendo hipotéticamente que esta Disposición transitoria alcance a leyes de tal naturaleza como la de la Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940, y la de Presupuestos de 31 de diciembre de 1945, su contenido fundamental, en materia arrendaticia, debe entenderse reproducido en el art. 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (S. de 4 de marzo de 1948).

EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO DE SOLARES.—El art. 2.º de la Ley de 15 de mayo de 1945 previene que tanto en el caso de venta forzosa como en el de edificación por el propietario en el plazo de retención, quedan extinguidos, en cuanto hayan sido autorizadas las obras a realizar, los arrendamientos o de más derechos personales que, por cualquier título, pudieran existir sobre el solar o construcción, mediante el solo pago, en su plazo, de la indemnización determinada por la legislación de alquileres (S. de 1 de marzo de 1948).

LEGISLACION DE ARRENDAMIENTOS Y DE SOLARES.—La legislación de arrendamientos se refiere solamente a relaciones entre inquilinos y propietarios, sin hacer objeto de protección a los arrendatarios de solares, los cuales no pueden ser llamados inquilinos, palabra que designa a los arrendatarios de una casa o parte de ella, ni pueden entrar en el concepto de arrendatarios cuando la relación arrendaticia no se ha establecido sobre ningún género de construcciones, sino sobre una superficie apta para construir sobre ella. No es construcción un cobertizo de madera hecho por el arrendatario (S. de 2 de marzo 1948).

II.—SALA PRIMERA

1. Sentencias comentadas

SENTENCIA 3 MARZO 1951

ANTECEDENTES.—Don Eusebio V. G. era arrendatario de una finca de don Rafael D. M.; por razón de la guerra tuvo que ausentarse D. Eusebio, y don Rafael, entonces, a la vez que venía a dar por terminado el arrendamiento, se hizo cargo de los muebles que D. Eusebio, el arrendatario, tenía en la finca; don Eusebio demanda la propiedad de los muebles con sus frutos y que se declare la invalidez de la compra que de los mismos muebles se pretendía como efectuada por D. Rafael. Los causahabientes de D. Rafael oponen esta compra.

El Juzgado declara inexistente la compraventa y condena a los demandados a la devolución de los bienes, reconociendo que la posesión que de tales bienes tuvieron era de buena fe. Apelada la sentencia, la Audiencia venía a seguir esta misma posición. Frente a esta sentencia recurren demandante y demandados.

MOTIVOS DEL RECURSO DEL DEMANDANTE.—Primero.—Número 1.º del artículo 1.692. Violación, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 432, 433, 434 y 435. C. c., en relación con los arts. 1.888, 1.889, 1.890 y 1.893 del mismo cuerpo legal. Declarada que no existe compraventa debió concluirse que don Rafael adquirió los muebles de mala fe. Solamente tendría justificación jurídica su actuación, si se le considera gestor sin mandato.

Segundo.—Número 1.º del art. 1.692 de la LEC. Violación, interpretación errónea y aplicación indebida de la doctrina establecida en el art. 1.183 del Código civil, en relación con los arts. 1.101, 1.098 y 1.095 y concordantes del mismo cuerpo legal. La sentencia establece el pago por D. Rafael de la indemnización de daños y perjuicios referidos a la fecha de la desaparición de los muebles pero, en cuanto a las cosas que asumió como genéricas, deben regir las reglas establecidas por el Código para el cumplimiento de las obligaciones genéricas y, en cuanto a las específicas, teniendo en cuenta la mala fe, la tasación debe referirse al tiempo de la devolución, y siempre con restitución de los frutos percibidos sin más deducción que los gastos necesarios.

MOTIVOS DEL RECURSO DE LOS DEMANDADOS.—Primero.—Número 1.º del artículo 1.692, LEC. Inaplicación indebida (*sic*) de los arts. 1.955, 1.961 y 1.962, C. c. La posesión de estos bienes muebles, la buena fe y el transcurso de los tres años es algo plenamente reconocido por la sentencia recurrida, luego debía admitirse la excepción de la prescripción; estimado que no hay compra-

venta, no cabe invocar después que el lapso de tiempo exigido es el de la obligación de devolver derivada del contrato.

Segundo.—Números 1.º y 7.º del art. 1.692, LEC. La sentencia infringe: el principio de Derecho según el cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, sancionado en reiterada jurisprudencia; el art. 1.214 del Código civil y la doctrina jurisprudencial, según la cual al demandante es a quien incumbe la prueba, y el art. 1.253. Los propios actos del demandante indican que entendía existente la compraventa; a él incumbe la prueba de la inexistencia; por la sentencia se hacen deducciones contrarias a las reglas del criterio humano.

Tercero.—Números 1.º, 2.º, 3.º y 7.º del art. 1.692 de la LEC. La sentencia es incongruente con las pretensiones, otorga más de lo pedido e incurre, a la vez, en evidente error de hecho dimanante de acta notarial; la indemnización, por los bienes que no existan en poder del demandado, debe ser referida a la fecha en que el acto dañoso—la apropiación—se ocasionó, agregando los intereses legales.

CONSIDERANDOS.—Primer.—Que negada en la sentencia recurrida la existencia del contrato verbal de compraventa, en el que los demandados tenían fundada su oposición a la demanda contra ellos deducida por el demandante don Eusebio V. G. con la finalidad reivindicatoria de que le fueran devueltos los bienes, que, al dejar abandonada la finca llamada «M. del M.», de la que era arrendatario, quedaron en poder del arrendador de la misma y causante de aquellos dejó la Sala de instancia decidida con esta apreciación, derivada de las pruebas practicadas, la principal y básica de las cuestiones debatidas en el pleito, de manera tan terminante que sólo podía ser traída de nuevo al recurso por el cauce estrecho que autoriza el núm. 7.º del art. 1.692 de la LEC; y aunque los demandados intentan valerse de este medio en el segundo de sus motivos, acusando en él los errores de hecho y derecho que según el artículo y número citados dan lugar a la casación, cuantos razonamientos contiene carecen de eficacia para este efecto puesto que no puede suplirse con ello la exigencia, incumplida en el motivo, de que tales errores resulten demostrados evidentemente por un documento, calificable de auténtico porque en sí mismo contenga la demostración, o por la valoración legal que corresponda a un medio de prueba no valorado debidamente.

Segundo.—Que si lo que acaba de expresar hace desestimable el segundo de los motivos interpuestos por los demandados—al examen del cual se concede la prioridad que aconseja el hallarse fundado el de la parte demandante en la inexistencia, afirmada por la Sala, de la compraventa a que antes se alude—también se ha de rechazar el tercer motivo, porque hallándose puesto al amparo de los núms. 1.º, 2.º, 3.º y 7.º del art. 1.692 de la LEC., conjuntamente, esta contravención de lo ordenado contra el párrafo 2.º del 1.620 de la misma ley basta para que conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala sea inadmisión el motivo, y, consiguientemente, impide su estimación.

Tercero.—Que impugna el mismo recurso en su primer motivo la sentencia recurrida en cuanto desestima la excepción de prescripción opuesta por los demandados a la demanda, y cita como infringidos los arts. 1.955, 1.961 y 1.962, C. c., con alegación de que, según estos claros preceptos, quien posee

de buena fe durante tres años bienes muebles adquiere su propiedad por el medio prescriptivo que previene el párrafo último del art. 609 del propio Código, quedando prescrita la acción reivindicatoria, por lo que reconocidas expresamente por la Sala de instancia aquellas condiciones de buena fe y tiempo en la posesión por el causante de los demandados, y por éstos, de los bienes reclamados en la demanda, infringió los preceptos que cita al no dar lugar a la prescripción excepcional: mas al argumentar de esta manera no tienen en cuenta los recurrentes que la *prescripción adquisitiva ordinaria*, y de esta clase es la que establece en su párrafo primero el art. 1.955 del Código civil, *requiere*, además de la buena fe y del transcurso del tiempo que la ley señala, el *justo título* que como necesario exige el art. 1.940 del mismo Código, sin que a ello obste la aparente exclusión que de este requisito hace el precepto antes citado, puesto que su silencio, acerca de él, se halla suplido al disponer en el artículo 464 que la posesión de los bienes muebles, cuando se adquieren de buena fe—ha de entenderse que a título de dueño—equivale al título, y habiéndose hecho cargo D. Rafael D. de los muebles y semovientes que al huir don Eusebio V. dejó en la finca de la que era arrendatario, sin que mediara tradición traslativa ni título, según afirmación del Tribunal «a quo», y sin que conste que al hacerlo no tuviera intención de restituirlos, la posesión que así obtuvo fué meramente material, aunque después continuaran en ella los demandados, con buena o mala fe, por lo que no equivale al título que condiciona la prescripción, de donde se sigue que la Sala sentenciadora no ha incidido en las infracciones que denuncia el motivo y que por ello procede la desestimación de éste.

Cuarto.—Que en el primer motivo del recurso interpuesto por don Eusebio V. G. discurre este recurrente con la finalidad de demostrar que, afirmada en la sentencia recurrida la posesión sin título de los bienes discutidos, era obligado declararla de mala fe sobre los hechos y razones tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora para apreciar la buena fe de don Rafael D. al hacerse cargo de los bienes referidos, y opone a ellos otros de los que deduce una contraria apreciación; pero, aparte de que, por no darse el recurso contra los Considerandos de la sentencia, sino contra los pronunciamientos que haga en su fallo, no cabe pretender la casación reputando desacertados los razonamientos que aquellos contengan, todas las cuestiones o dudas en lo relativo a la mala o buena fe del poseedor están atribuidas por la constante jurisprudencia a la jurisdicción propia del Tribunal de instancia, siendo, como establece el art. 434. C. C., presumible la buena fe, por lo que, afirmada ésta, la apreciación contraria obliga al recurrente, para que su recurso pueda prosperar, a la demostración, ajustada al cauce estrecho que autoriza el núm. 7.º del artículo 1.092, LEC., de que el juzgador sustentó su criterio incidiendo en error de hecho o de derecho al apreciar la prueba o, a lo sumo, si se acoge al número 1.º del mismo art. de la Ley Procesal, valiéndose de la cita de un precepto sustantivo que, por disponer lo contrario a lo estimado y resuelto respecto al expresado extremo, haya sido infringido, y, como sólo en la segunda de estas causas aparece fundadamente el motivo y ninguno de los artículos que en él se citan como infringidos, sin precisar el concepto en que se supone que lo ha sido cada uno de ellos, preceptúa nada que sea optativo de la declaración de la buena fe hecho por la sentencia, el motivo debe rechazarse.

Quinto. Que tampoco puede prosperar el segundo y último de los motivos del recurso que se examinan, por no precisarse en él, respecto a cada uno de los artículos que cita, cuál de entre los conceptos que señala es el en que entiende cometida su infracción, defecto formal que, unido a la ausencia de un razonamiento que ponga en relación lo que disponen tales artículos con lo dispuesto en la sentencia recurrida, priva al motivo de la claridad que para que sea admisible y viable exige el artículo 1.720 de la Ley procesal.

FALLO.—No ha lugar.

COMENTARIO

I. La doctrina que esta sentencia aporta puede sintetizarse en las siguientes afirmaciones: La prescripción adquisitiva ordinaria, aun de bienes muebles, requiere el justo título. La posesión de bienes muebles, para que equivalga al título que condiciona la prescripción, ha de ser adquirida de buena fe y a título de dueño; la posesión que no se adquirió en tales condiciones, aunque después los causahabientes tuvieran buena fe, no equivale al título.

Al fundamentar esta doctrina, vuelve el Tribunal Supremo sobre el artículo 464, esta vez en relación con el art. 1.955; aquí reside el mayor interés de la sentencia.

II. ESTADO DE LA OPINIÓN SOBRE LA CUESTIÓN FUNDAMENTAL DEL ARTÍCULO 464; POSICIÓN DE LA NUEVA SENTENCIA.

1. *Importancia del problema interpretativo que plantea el artículo 464*: La interpretación del artículo 464 es de importancia excepcional para determinar la medida en que la posesión es la publicidad de los bienes muebles y, concretamente, en cuanto a la dinámica jurídico-real de dichos bienes; es en el terreno de los bienes muebles algo así como en el de los inmuebles sería admitir o no el principio de la fe pública registral. Decidido el problema en el sentido de que consagra una adquisición «a non domino», también quedaría, probablemente, decidido que se adquiriría el dominio o los derechos reales limitados según el transferente de las cosas no perdidas o sustraídas manifestare el dominio o sólo los derechos reales limitados; la regla del artículo 464 tendría también la virtud de excluir, en determinadas condiciones, los derechos reales limitados que no se exteriorizaran; todo esto nos muestra la especial importancia de la cuestión en relación con el derecho real de prenda o con el de hipoteca inmobiliaria. El principio de artículo 464 sería fundamental en el sistema normativo de los muebles; habría de concordarse con las normas de protección de los terceros de buena fe o, en general, del tráfico mobiliario (arts. 1.124, 1.295, 1.160, 1.473, 1.540, 1.778, 1.897. C. c.; 85, 86, 324, 545, 667, C. de c.).

2. *Posiciones doctrinales*: No creemos que la sentencia afronte abiertamente el problema del artículo 464; esto nos exime de una exposición minuciosa de las posiciones doctrinales. Hernández Gil escribió un artículo (1) con este expresivo título: «El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del C. c...»; en términos generales, la doctrina ha evolucionado de una in-

(1) Rev. de Derecho Priv., 1944, págs. 491-517.

terpretación contraria a que la regla pudiera implicar una adquisición «a non domino» a una interpretación favorable a este sentido. Esto sólo vale en términos generales pues, de una parte, en 1880, Navarro Amandi (2) ya sostenía esta posición favorable y de otra, en la actualidad, existen opiniones contrarias a la misma (3). En síntesis, las posiciones son éstas:

a) Dirección negativa. Cree que en el artículo 464 no se da adquisición de propiedad. Ve en él ya una simple repetición de la presunción de propiedad del artículo 448, ya, al dar un significado amplio a la fase «privado ilegalmente», una repetición del artículo 348, párr. II, ya el título para la prescripción de muebles. Los principales argumentos son: el significado amplio del concepto privación ilegal y la tradición romanista de nuestro Derecho, contraria a esas adquisiciones «a non domino» de notorio arraigo germánico (4). Es seguida por un gran sector de la doctrina (5).

b) Dirección positiva: Cree que se da o se viene a dar una adquisición de propiedad «a non domino». Invoca argumentos de todo orden; he aquí los principales:

a') La semejanza de la redacción del artículo 464 con la del 2.270 del Código francés (6) induce a encontrar en él un mismo sentido. Con esta interpretación se vuelve al auténtico Derecho patrio (7).

(2) *Questionario del Código civil reformado*, tomo II, pag. 188 y sigs.; también HERNÁNDEZ GIL destaca la opinión de NAVARRO AMANDI (art. cit., pag. 493).

(3) Así, BONEI se manifiesta contrario a que la regla pueda implicar una adquisición «a non domino», com. S, 19 junio 1945, *Rev. D. Priv.*, 1945, págs. 634 y sigs.; también en este sentido contrario, SOLS GARCÍA, *Ensayo sobre la prescripción ordinaria de bienes muebles*, *Rev. D. Priv.*, 1950, págs. 119 y sigs.

(4) El Derecho romano no es tan antitético al Derecho germánico como tradicionalmente se ha entendido. Vid. HERNÁNDEZ GIL, *De nuevo sobre el art. 464 del Código civil*, *Revista Derecho Privado*, 1945, págs. 414 y sigs.

(5) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado*, año 1893, tomo VIII, página 6 y sigs. MANRESA, *Comentarios*, 4.ª edición, tomo VI, pag. 337 y sigs. TRAVIESAS, *Extinción y reivindicación del Derecho de propiedad*, *Revista de Derecho Privado*, tomo VII, año 1929, página 205 y sigs. DE BURM: en las adiciones al *Curso*, de COLÍN Y CAPITANT, 2.ª ed., revisada por OSSORIO Y MORALES, 1942, tomo II, vol. II, pag. 1006 y sigs.; *Derecho civil común*, 2.ª edición, tomo I, pag. 234; *De la usucapción*, monografía escrita en colaboración con ALAS Y RAMOS, y en la que—no sin vacilaciones—parece prevalecer en esta materia la opinión de DE BIEN. Y además: SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, III, 474; VALVERDE, *Derecho civil*, II, pag. 274 y siguientes; COMAS, *La revisión del Código civil español*, vol. V, pag. 260 y sigs.; JAÉN, *Derecho Civil*, págs. 155-156; ISÁBAL, voz «Prescripción», *Enciclopedia Jurídica Española*, página 451; DÍAZ GUILJARRO y MARTÍNEZ RUIZ, *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*, II, pag. 382; también, al parecer, PELLA y FORGAS, *Código Civil de Cataluña*, II, año 1917, pag. 151, y BARRACHINA y PASTOR, *Derecho Penal Español*, II, pag. 134.

(6) La doctrina de las adquisiciones «a non domino» se acoge en los Códigos de Cerdeña (arts. 2.411 y 2.312). Nápoles (art. 2.155). Parma (art. 2.369) y Códigos italianos de 1865 (artículos 707-708) y de 1942 (arts. 1.153 y siguientes). Código Austríaco (§ 367), Código Civil Alemán (§ 932-934). Código del cantón de Zurich (§ 654). Ley del cantón de Basilea de 7 de mayo de 1864. Código suizo de obligaciones (art. 235). Código Civil suizo (933, 934). Códigos de Holanda (art. 2.014). Hungría (§ 299). Argentina (art. 2.412). También se acoge en los Códigos de Comercio alemanes de 1861 (art. 200) y de 1897 (art. 366). Código de Comercio italiano de 1882 (252), argentino (art. 742). El mismo Derecho anglosajón no es ajeno a las adquisiciones «a non domino».

(7) Ya el mismo GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, art. 1.962), alude a la irreivindicación de las cosas compradas en ciertas ferias. Después se ha afirmado la posibilidad de antecedentes por ALAS (*La publicidad y los bienes muebles*, pag. 129). NÚÑEZ LUGOS (*El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, pag. 69) y PÉREZ Y ALGER (*Notas al Wolfenb.*, I, 1.º, págs. 404 y

b') La adquisición de propiedad se da como regla, puesto que excepcionalmente—«sin embargo» (464, I)— se podrá reivindicar. La frase «privado ilegalmente» se ha de interpretar restrictivamente, por su paralelismo con la de «subtraída» (464, II) y con la de «robadas o hurtadas» (art. 1.962, en relación con el 1.955).

c') La interpretación negativa viene a anular el artículo; concretamente, dar un significado amplio a la frase «privado ilegalmente», al modo de Manresa o de De Buen (8) conduce al absurdo de una interpretación «abrogans».

d') El precepto, así interpretado encaja dentro del sistema de normas protectoras de la apariencia, y más concretamente, de las protectoras del tercero de buena fe (9); guarda paralelismo con lo que, respecto de los inmuebles establece el art. 34, L. H.

Es seguida, sin duda, por mayor número de autores (10).

3. *Doctrina jurisprudencial:*

a) Antes de la sentencia 19 de junio de 1945, la jurisprudencia no era muy clara y directa en orden al problema aludido. De Buen y la sentencia 19 de junio de 1945 encuentran apoyo para la interpretación negativa en las sentencias de 31 de diciembre de 1910 y 13 de enero de 1927, y la verdad es que la primera es bastante clara en este sentido. Alas cita, en cambio, en favor de la positiva, la de 19 de diciembre de 1900 (citada también por Castán y Hernández Gil, y es bastante favorable a la interpretación positiva) y la de 11 de julio de 1900; Hernández Gil y Castán citan además en este mismo sentido la sentencia de 1 de diciembre de 1910; y Castán, la de 8 de octubre de 1929 (11).

siguientes). NUÑEZ LAGOS se refiere más bien a precedentes de las reglas mercantiles. La posibilidad de precedentes directos de la regla del art. 464, entendida positivamente, ha preocupado mucho a los investigadores modernos: vid. HERNÁNDEZ GIL, *De nuevo...*, páginas 418 y siguientes, y VALDEAVELLANO, *La limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en el Derecho Español*, «Rev. D. Priv.», 1947, págs. 631 y sigs.

(8) En los lugares citados.

(9) Sobre los artículos 1.160, 1.235, 1.540, 1.765, 1.778, 1.897 y otros en relación con el artículo 464, vid. HERNÁNDEZ GIL, *De nuevo...*, págs. 423 y siguientes, y JORDANO BAREA, *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, «Anuario de Derecho Civil», 1950, páginas 690 y siguientes. Estos autores coinciden en que el art. 1.765 viene a confirmar la interpretación germanista del art. 464; sin embargo, parece claro el entronque del art. 1.765 con la doctrina del art. 1.304, su origen en el proyecto de 1851—que no admite las adquisiciones «a non domino»—y que ni los términos directos del art. 1.765, ni mucho menos el sentido contrario, son concluyentes en tal sentido germanista.

(10) Así NAVARRO AMANDI, *loc. cit.*; ALAS, *ob. cit.*; NUÑEZ LAGOS, *ob. cit.*, páginas 68 y siguientes; PÉREZ Y ALGUER, *Notas al Wolff, Derecho de cosas*, vol. 1.º, págs. 404 y siguientes; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, pág. 417 y siguientes; HERNÁNDEZ GIL, *obs. cit.*, y *En torno a la posesión de bienes muebles*, en parte inédita, ciclo de conferencias pronunciadas en la Universidad de Madrid en junio de 1944; CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, 7.ª edición, 1949, II, págs. 272 y siguientes; DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho Civil Español, común y foral*, parte especial, III, pág. 469; FUENMAYOR, *La Revocación de la Propiedad*, 1941, pág. 104; ROCA, *Derecho Hipotecario*, I, pág. 229; ROCA y PÉLAG BRUTAU, *Estudios de Derecho Privado*, I, 1945, pág. 570; BURGOS BOCH, *Reducido alcance de la prescripción ordinaria de bienes muebles*, «Rev. Gen. Leg. y Jur.», 1950, págs. 245 y sigs.; COMIÁN, *Reivindicación*, «Enciclopedia Jurídica Española»; PLANAS Y CASALS, *Derecho Civil Español, común y foral*, 1925, págs. 527 y sigs.; GARCÍA MARTÍNEZ, *Derecho Civil*, I, 1942, pág. 165 y siguientes; SÁNCHEZ VELASCO, *Los artículos 464 y 1.355 y el principio de que en los bienes muebles la posesión de buena fe equivale al título*, «Rev. Cr. D. Inm.», 1942, págs. 315 y sigs.

(11) ALAS, *La publicidad y los bienes muebles*, 1920, págs. 191 y siguientes; CASTÁN, *Derecho*

b) La sentencia de 19 de junio de 1945 aborda el problema directamente; en pleno apogeo de la dirección positiva se manifiesta en el sentido contrario: el artículo 464 establece a favor del poseedor de buena fe una presunción «iuris tantum» de legitimidad. Los argumentos son los típicos de esta dirección, antes reseñados; la importancia creciente de la propiedad mobiliaria que dió un argumento a la dirección positiva se maneja como argumento en favor de la negativa; se invoca además que la ética exige no facilitar la adquisición de propiedad sin transmisión por parte del propietario (12).

c) Posteriormente, diversas sentencias se han referido al artículo 464: la sentencia de 25 de mayo de 1946, aunque no aborda de frente la cuestión fundamental; la sentencia de 26 de julio de 1946 que se refiere, más bien, al párrafo segundo del artículo; la de 14 de noviembre de 1950 que, aunque no deja de suponer como posible que el artículo 464 determine en el adquirente de la posesión la adquisición de propiedad como regla general, viene a dar a la frase «privado ilegalmente» una interpretación amplia, al modo de las que se dan por los autores de la dirección negativa.

4. *Doctrina de la sentencia comentada*: En el supuesto de hecho de la sentencia no había términos hábiles para pedir que se entendiera la adquisición de propiedad a que se refiere la dirección positiva: entre partes determinadas surge la cuestión de la eficacia de la posesión que se adquiere sin transmisión del que la tenía y sin título de transmisión. La sentencia no abordaría, pues, directamente el problema de si el artículo 464 determina una adquisición de propiedad y, sin embargo, parece partidario de la dirección que hemos llamado negativa porque entiende que el art. 464 dispone que la posesión de bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título para la usucapión. No obstante esta razón no es decisiva porque, como veremos, hay autores que, aun entendiéndose que el art. 464 determina adquisición de propiedad, le dan también ese valor, ya que la usucapión ordinaria de muebles es posible respecto de los bienes muebles llamados «extraviados»—perdidos, hurtados o robados—.

Civil Español, común y foral, 7.ª edición, II, pág. 280; HERNÁNDEZ GIL, *El giro...*, ob. cit., páginas 591 y siguiente.

(12) En general de doctrina, no ve mal que se admitieran estas transmisiones «a non domino»: pero no faltan excepciones: VAN BEMMELN (*Nociones fundamentales de Derecho Civil*, traducción de NAVARRO DE PALENCIA, Madrid, 1901, pág. 213), afirma que establece un sistema profundamente vicioso, necesitado de una revisión radical. No queremos insistir en las razones de seguridad social tan prodigadas por la doctrina; pero sí en los correctivos humanos que tendría la regla en el Derecho español, quizás no destacados suficientemente: a) La exigencia de la buena fe proclamada en el art. 464. b) La exigencia de cierta voluntad en el propietario: para que haya adquisición «a non domino», las cosas no han de ser perdidas ni sustraídas; si el propietario, por su voluntad, entrega la posesión—manifestación social de la propiedad—a otras manos, no es tan violento que el propietario no pueda reivindicar la cosa del tercer adquirente de buena fe, invocando el título «inter partes» a que obedecía tal entrega de la posesión.

Conviene, además, hacer alguna indicación en cuanto al título oneroso: a diferencia de lo establecido en el art. 34. L. H., nada se dice en el art. 464 sobre la necesidad de que la adquisición fuese a título oneroso para que estuviere protegida frente al dueño, ni es fácil entender que tal requisito sería necesario, pero en sus casos, tendrían aplicación lo dispuesto por el art. 108 del Código penal (este artículo no se refiere al encubridor) y por el art. 667 del Código de Comercio. Recuérdese también la doctrina de la acción pauliana en relación al título oneroso, pero téngase en cuenta lo dicho por HERNÁNDEZ GIL, *de nuevo...*, pág. 427, y por JORDANO BARRA, ob. cit., págs. 702 y siguientes.

III. NECESIDAD DEL JUSTO TÍTULO PARA LA USUCAPIÓN ORDINARIA DE MUEBLES ; EL VALOR DEL ARTÍCULO 464 EN CUANTO A ESTA USUCAPIÓN.

Esta sentencia afirma la necesidad del justo título para prescripción ordinaria de muebles y declara cuáles son las condiciones en que la posesión equivale al título para la prescripción.

A: *Necesidad del justo título para la prescripción ordinaria de muebles.*

1. *Posiciones doctrinales:* La doctrina se inclina generalmente en favor de la tesis de la necesidad del justo título. Teniendo en cuenta las diferentes interpretaciones que se han dado al artículo 464 del Código civil podemos clasificar las opiniones doctrinales en los siguientes grupos:

a) Doctrina favorable a entender que el artículo 464, I, no consagra una adquisición «a non domino». Los autores que siguen esta dirección son partidarios de la necesidad del justo título para la usucapión de los bienes muebles (13). Los argumentos son análogos a los del Tribunal Supremo: si el art. 1.955, que regula especialmente la prescripción de muebles no exige justo título, como se exige respecto de la de inmuebles, es porque está implícito en la posesión de buena fe. De esta manera encuentra utilidad a la declaración del art. 464, inciso 1.º, sin necesidad de entender que lo que este artículo determina sea la adquisición de propiedad: la palabra título no equivale a título de propiedad, sino a título para la usucapión; "a diferencia de la usucapión ordinaria de los inmuebles—dicen Alas, De Buen y Ramos (14)—, donde el título debe probarse, en nuestro Derecho, si se trata de la usucapión de muebles, hasta la posesión de buena fe: el título se presume con presunción inatacable».

b) Doctrina favorable a entender que el art. 464 consagra una adquisición «a non domino». No puede decirse, de los autores de este grupo, que todos tengan una misma posición en cuanto al problema de la necesidad o no necesidad del justo título para la usucapión ordinaria de bienes muebles. Por el contrario, pueden señalarse dos direcciones opuestas: unos, como los anotadores de Wolff, entienden que no es necesario; Castán sostiene implícitamente la tesis contraria.

En efecto, Pérez y Alguer (15) entienden que es ocioso tratar de descubrir en la proposición 1.ª del art. 464 una simple presunción de título a los efectos de la usucapión, pues para la de muebles no se exige título, según el art. 1.955.

Castán (16) dice que si el art. 1.855 no habla de la necesidad del justo título es «porque el art. 464 tiene declarado que la posesión de buena fe, tratándose de bienes muebles, equivale al título».

2. *Tesis de la sentencia comentada.* Es necesario el justo título por las siguientes razones: 1.ª, lo exige el art. 1.940 del Código civil; 2.ª, el artículo 1.955 parece excluirlo, mas este silencio se halla suplido al disponer el ar-

(13) Por ejemplo, MUCIUS SCAEYOLA, ob. cit., VIII, pág. 367; MANRESA, ob. cit., IV, página 337 y siguientes; DE BUEN, lugares citados antes.

(14) Ob. cit., pág. 263.

(15) En las *Adiciones al Wolff*, vol. 1.º, pág. 413.

(16) *Derecho Civil Español, común y foral*, 7.ª edición, 1949, tomo II, pág. 242. No puede pensarse que esto lo afirme teniendo en cuenta la doctrina de la sentencia de 19 de junio de 1945: a) En las páginas 272 y siguientes de esta edición insiste en la interpretación germanista del artículo 464, b) En ediciones anteriores a tal sentencia hacía la misma afirmación, por ejemplo, 5.ª edición, II, pág. 177.

título 464 que la posesión de bienes muebles, cuando se adquiere de buena fe, equivale al título.

3. El Tribunal Supremo decide una cuestión cuya solución *no aparece clara* en nuestro Derecho positivo. Frente a los argumentos que presenta la sentencia que comentamos surgen las siguientes consideraciones:

a) Es verdad que el art. 1.940 exige el justo título para la prescripción ordinaria sin distinguir muebles de inmuebles, pero de la comparación del artículo 1.957 con el 1.955 parece desprenderse que para la prescripción de los muebles por tres años no se exige título.

b) Si el art. 1.955 silencia la necesidad del título—se dice—es porque la posesión de muebles cuando se adquiere de buena fe equivale al título por lo que establece el art. 464. Frente a ello hay que oponer lo siguiente: el art. 1.955 podía no hablar de título si siempre y sin más la posesión de muebles con buena fe equivaliera al título, pero la sentencia misma prevé supuestos de hecho en que existe posesión de muebles con buena fe, y, sin embargo, no concluye que se dé la equivalencia al título (17).

Esta sentencia entiende que la posesión del caso que resuelve no equivale al título porque, para que se dé esta equivalencia, es necesario—parece decir—que la posesión sea adquirida con título traslativo; sin perjuicio de insistir sobre las condiciones necesarias para que se dé la equivalencia determinada por el art. 464, señalamos ya la existencia de una especie de círculo vicioso, puesto que para que la posesión equivalga al título de la prescripción es necesario que exista el título traslativo (18), lo cual mueve hacia una interpretación contraria a la de la sentencia.

Ya el mismo Mucius Scaevola (19) señalaba cierta incongruencia del Código: si la buena fe (arts. 1.950 y 433) presupone el título que, por tanto, se presume con la buena fe (art. 434), para qué derivar después de la buena fe el título. También Traviesas (20) señala una incongruencia, en términos más claros: el art. 464 da el absurdo de dos títulos produciendo una especie de círculo vicioso si solo nos refiriéramos a uno, pues por él se determina la buena fe (art. 433) a la vez que la buena fe determina el título (art. 464); Traviesas cree resolver el problema refiriendo la buena fe del art. 464 a la buena fe moral a que se refiere el Código civil en otros artículos; por ejemplo, el art. 1.258; frente a esto último baste decir: a) que el art. 464 está bajo el mismo título que el art. 433, b) que el mismo Tribunal Supremo (21) ha declarado que la buena fe de que habla el art. 464 es la del art. 433.

B: *Condiciones en que la posesión equivale al título para la prescripción:*

(17) Para la sentencia, la posesión de buena fe que tienen los herederos del supuesto no equivale al título.

(18) No aparece muy claro si la sentencia entiende necesaria la preexistencia de este título o se refiere a que meramente la posesión ha de adquirirse en concepto de dueño; del considerando tercero parece desprenderse más bien que entiende necesaria aquella preexistencia de título. Los intérpretes del art. 464 suelen coincidir en la exigencia del título de adquisición para que funcione la equivalencia, y esto, cualquiera que sea el sentido que se dé a esta equivalencia: vid. NÚÑEZ LAGOS, ob. cit., págs. 77 y siguientes; JORDANO BARRA, ob. cit., página 691; MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., pág. 567 y siguientes.

(19) *Loc. cit.*, páginas 568 y 569.

(20) *Loc. cit.*, pág. 297 y 298.

(21) Sentencia de 25 de mayo de 1946.

1. *Posición del Tribunal Supremo*: Ha de ser adquirida de buena fe y con título de dueño. En otro caso, aunque después los causahabientes tuvieren buena fe, no equivale al título.

2. *El requisito de la buena fe*: La buena fe tiene dos significados: el ético—virtud, honestidad, probidad—y el psicológico—ignorancia, confianza, creencia—. Esta vez el Tribunal Supremo no es explícito en cuanto al tipo de buena fe exigido por el art. 464: el Tribunal de instancia parecía admitir la existencia de una buena fe de tipo moral; el demandante entendía que, declarada la no existencia del título de adquisición, debió concluirse, teniendo en cuenta el art. 433, que la posesión de los muebles se adquirió de mala fe, sin precisar cómo, aun dándose buena fe moral, no se daba la del 433. de tipo psicológico—afecta al conocimiento, no a la probidad de las personas—; el Tribunal Supremo entiende que, por ser la buena fe un hecho, su apreciación corresponde al Tribunal de instancia, que la entendió existente. En todo esto se ve que no hubo una delimitación del doble concepto de la buena fe. Por lo que antes dijimos, la buena fe aquí requerida, que es la buena fe del art. 433.

3. *Ha de ser adquirida con título de dueño*: En el supuesto de la sentencia se daba una posesión que no podía equivaler al título—viene a decir la sentencia—, porque en la adquisición de tal posesión ni medió tradición traslativa, ni título, ni consta que al adquirir la posesión no tuviera el adquirente intención de restituir los muebles. Parece desprenderse, pues, que es necesario que se diera una adquisición de posesión con título de dueño para que la posesión pueda equivaler al título. A esta conclusión se llega relacionando la frase «adquirida de buena fe» (art. 464) con el concepto legal de buena fe (artículos 1.950 y, preferentemente, 433). Y por esta conclusión desembocamos en el círculo vicioso antes apuntado en este camino interpretativo del art. 464; ¿podría resolverse este círculo vicioso entendiendo que no es necesaria la preexistencia del título, sino que basta en la creencia por parte del adquirente en que el título existía?; de todos modos parece que, como «la buena fe se presume siempre» (art. 433), el adquirente de la posesión goza de la ventaja del título para la prescripción sin necesidad de probarlo, a pesar del art. 1.954 (22).

Manuel PESA
Letrado de la D. G. R. N.

RETRACTO LEGAL EN CASO DE COMPRAVENTA ANULABLE

SENTENCIA 24 ABRIL 1951 (1)

La sentencia tiene un aspecto civil y otro procesal estrechamente ligados, y ambos de interés. El problema procesal planteado, de índole más general, es el de lo que la sentencia llama base del pleito, es decir, la situación de hecho sobre cuya base se plantea la demanda y como consecuencia las repercusiones que en el proceso pueden tener las ulteriores alteraciones de tal situación de

(22) El art. 464 no sienta una presunción, sino una equivalencia.

(1) Véase en este ANUARIO, IV-4, 1961, pág. 1671.

hecho, y, mas en concreto, aquellas que dificulten o hagan imposible la efectividad del derecho reclamado en la demanda. Hay un segundo aspecto, más concreto, de dicho problema procesal, y es la aplicación del anterior al juicio de retracto, con la consiguiente cuestión de si procede o no en el mismo la condena subsidiaria a indemnizar daños y perjuicios si no es posible la subrogación del retrayente en la posición del comprador de la finca retraída. El problema civil se refiere a la viabilidad y vicisitudes del retracto ejercitado sobre la base de una compraventa anulable que, después de ejercitado el retracto, es efectivamente anulada, en el caso de la sentencia por ser la compradora una mujer casada y haber actuado sin licencia marital.

A) *Problema civil*.—Generalizando el problema, sin perjuicio de referirnos después al caso concreto, podemos preguntarnos qué sucede con el retracto legal en el supuesto de que la compraventa que le sirva de base sea impugnabile (anulable o rescindible) (2). Que en principio procede el retracto no cabe duda, ya que la venta impugnabile es, mientras no sea impugnada, plenamente eficaz; ahora bien, ¿Quid si la venta es efectivamente impugnada? Hay que distinguir según la anulación o rescisión tenga lugar antes o después del ejercicio del retracto: a) Si es anterior: el contrato impugnabile se reputa inexistente a partir de la impugnación, salvo determinados efectos excepcionales que haya podido producir durante su vigencia (ejemplo, efectos respecto de terceros protegidos registral o extrarregistralmente). Como aquí el retrayente no ejercito su derecho durante la vigencia del contrato, éste se debe considerar inexistente para él, y por tanto extinguido, respecto de aquella transmisión, su derecho de retracto (3).

b) *Impugnación posterior al ejercicio del retracto*.—Para esclarecer este caso es preciso hacer algunas consideraciones sobre el mecanismo y funcionamiento del retracto: el retracto legal es, según se deduce del art. 1.521 del Código civil, el derecho de subrogarse en la posición jurídica que el adquirente de una cosa tiene en el contrato de compraventa o dación en pago (u otros análogos según el criterio jurisprudencial) en virtud del cual ha adquirido dicha cosa. De aquí se deduce: 1.º Que hay una sola relación jurídica de compraventa: la originariamente constituida entre vendedor y comprador: el retrayente se limita a sustituir al comprador en esta relación, sin ligarse a su vez con él en una nueva relación de compraventa. 2.º Esta subrogación se efectúa por la sola voluntad del retrayente, sin que, al menos en el aspecto sustancial, se requiera para nada la colaboración del comprador. Es derecho a subrogarse,

(2) En caso de compraventa radicalmente nula o inexistente el retracto no procede en ningún caso. Es preciso, a efectos de prueba, solamente, que la nulidad o inexistencia se declare judicialmente o al menos se pruebe en el juicio de retracto. Así resulta de la Sentencia de 12 de octubre de 1912, que admite el retracto en un caso en que, después de interpuesta la demanda por el retrayente, comprador y vendedor resolvieron la venta por considerar que era simulada. La solución del Tribunal Supremo en este caso es acertada. En términos generales, creemos que la resolución de la venta por mutuo acuerdo, sin que se pruebe la existencia de un motivo de nulidad, es irrelevante para el retracto, tenga lugar antes o después del ejercicio de éste.

(3) Quizá cupiera, sin embargo, estimar irrelevante la anulación si se probara que no tuvo más finalidad que perjudicar al retrayente (ejercicio abusivo de la facultad de impugnación).

no a ser subrogado (4). Sin embargo, es fácil ver como el funcionamiento práctico del retracto no responde a estas ideas: en efecto, la sentencia que estima el retracto no declara verificada la subrogación por la sola voluntad del retrayente (manifestada en la demanda, o incluso en el acto de conciliación), sino que condena al comprador a otorgar escritura a favor del retrayente. En vez de ser una sentencia declarativa en cuanto a la subrogación efectuada, es declarativa en cuanto al derecho de retracto (a retraer), y de condena en cuanto al otorgamiento de la escritura; no cabe alegar que esta escritura es necesaria para mantener el encadenamiento de títulos entre los sucesivos dueños de la cosa y para obtener la inscripción en el Registro cumpliendo el tracto. En efecto, aunque a veces suceda lo contrario, ni el encadenamiento formal de títulos ni el tracto registral deben servir para enmascarar o deformar la realidad de las relaciones jurídicas existentes. Y en nuestro caso, la sentencia debía ser título suficiente para documentar el derecho del retrayente y para obtener la inscripción, ya que cumple las dos finalidades esenciales del tracto: es garantía de los derechos inscritos, puesto que el proceso se habrá seguido contra el comprador, y refleja mejor que la escritura la verdad de las relaciones jurídicas existentes. Ahora bien, si se desea que medie escritura pública, ésta no debe aparentar ser el reflejo de una transmisión del comprador al retrayente, sino que lo que debe incorporar es la declaración de voluntad del retrayente de subrogarse y a lo sumo el reconocimiento, por parte del comprador, de la procedencia de la subrogación.

Consecuencias de todo lo anterior en orden a nuestro problema son: 1.º Que no cabe la impugnación del contrato por causas referentes al primitivo comprador: ni este, que ha quedado eliminado de la relación contractual (5), ni las personas que debieran haberle prestado su licencia o autorización, ni menos aún el retrayente, tienen interés en tal impugnación, debiendo entenderse convalidado el contrato por el ejercicio del retracto. 2.º Cabe, en cambio, la impugnación por causas referentes al vendedor o por perjuicio a un tercero (ejemplo: art. 1.291, 3.º); a tal efecto, el retracto es irrelevante. 3.º El retrayente o quien pueda hacerlo tienen a salvo la impugnación de la subrogación si ésta era anulable o rescindible (6).

(4) En este mismo sentido entienden el mecanismo del retracto: RIAZA, *Los retractos*, 1919; CASALS COLLECCARRERA, *El retracto en los arriendos de fincas rústicas*, Barcelona, 1946, págs. 63 y sigs.; FIGA FAURA, *El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado*, «*Revista de Derecho Privado*», 1948, págs. 880 y sigs. Este autor considera que esta es la posición que ha prevalecido en la doctrina y en la Jurisprudencia, aunque le opone algunos reparos. GONZÁLEZ PALOMINO, *Enajenación de bienes pseudousufructuados*, en «*Anales de la Academia Matritense del Notariado*», V, pág. 906, n., entiende que hay subrogación, pero ésta para él supone sucesión respecto del comprador, lo que desvirtúa en cierto modo la tesis aquí sostenida. Para opiniones contrarias, V. CASALS COLLECCARRERA, loc. cit.

(5) Parece excesiva, aun como mera imagen, la idea de CASALS COLLECCARRERA (loc. cit. página 83), de que lo que sucede es como si se tachara del contrato el nombre del comprador, puesto por error, y se pusiera el del retrayente. La subrogación trae más problemas y complicaciones que los que supondría una simple rectificación: V. por ejemplo, los que plantea FIGA, loc. cit.

(6) La subrogación del retrayente se refiere, por todo lo dicho, al contrato en cuanto a su contenido, no siempre en cuanto a sus defectos. Por eso, dentro del usual mecanismo del retracto, es irreprochable, en la sentencia comentada, la condena al marido de la compradora para que preste a ésta su licencia en la escritura a favor del retrayente. Si el

La diferencia entre las conclusiones obtenidas y las que resultarían de la existencia de dos distintas relaciones jurídicas, en virtud de la primera de las cuales se transmitiera el dominio del vendedor al comprador, y en virtud de la segunda, de éste al retrayente, es evidente: 1.º En la segunda hipótesis, el retrayente sólo quedaría afectado directamente por los vicios de su propio contrato, no del primero; por consiguiente, él no podría impugnar éste, lo que sí puede hacer en la tesis que defendemos. 2.º En cambio, indirectamente, quedaría afectado por todos los vicios del primer contrato, incluso los subjetivos del comprador: es decir, como la relación jurídica entre éste y el vendedor seguiría subsistente, aunque aquél hubiera transmitido la cosa, podría el comprador en todo caso impugnar su contrato y el retrayente quedaría sujeto a las consecuencias de tal impugnación del título de su causante. 3.º Las diferencias de orden registral serían importantes: en esta segunda hipótesis, si el retrayente inscribe y reúne los demás requisitos del art. 34 L. H., se convierte en tercero protegido respecto de los vicios del primer contrato en el que no fué ni es parte; en cambio, en nuestra tesis, como el retrayente es parte en ese contrato, la inscripción no le inmuniza en modo alguno frente a los vicios del mismo.

A nuestro juicio, pues, aunque en la práctica se siga empleando el mecanismo actual, no hay que dar a esa escritura que el comprador otorgue a favor del retrayente sino un significado meramente formal, sin pensar que responda a una efectiva transmisión en que el comprador resulte ser el causante del retrayente. Por consiguiente, las consecuencias serán las antes señaladas, que son las que en nuestro concepto resultan de la verdadera esencia del retracto según el Código civil.

La solución que propugnamos está, pues, en relación con el hecho de que la subrogación del retrayente se produzca antes o después de la anulación o rescisión del contrato base del retracto. Falta, por tanto, dar un criterio para saber cuál es el momento decisivo en que se produce cada uno de esos fenómenos. El problema principal es el de si es preciso o no el ejercicio judicial del derecho. Si lo es, la sentencia será constitutiva y el efecto de tal ejercicio no se producirá hasta dicha sentencia. Si no lo es, cualquier manifestación de voluntad del titular dirigida a la otra parte en tal sentido basta para producir el efecto (7). En cuanto al retracto, no parece necesario el ejercicio judicial: así lo hace suponer el art. 1.521 al hablar de subrogarse, es decir, al dar a entender que es el propio retrayente el que por sí mismo puede operar la subrogación; a la misma conclusión permite llegar el art. 1.524 al hablar de ejercicio

vicio queda eliminado en la relación sustantiva por el ejercicio del retracto, no parece procedente crearlo de nuevo en cuanto a la transmisión meramente formal. Piénsese, dentro siempre de la apariencia de doble venta que impone el mecanismo usual del retracto, que quien en un caso aparece como comprador en el otro actúa de vendedor, con las distintas repercusiones que un defecto, sobre todo de capacidad, puede tener en uno u otro supuesto: así, si el retracto se basa en una compraventa en que el comprador sea un menor emancipado, es absurdo pensar que la escritura a favor del retrayente la haya de otorgar éste sin el consentimiento paterno, creando así un vicio que no existía en el contrato primitivo. Igualmente absurdo sería que si en el primer contrato medió dolo, error o intimidación, haya que crear tales vicios en el segundo.

(7) Creemos que sirve al efecto el acto de conciliación

del derecho de retracto, sin exigir el ejercicio judicial y sin citar la palabra «acción». Esta es también la opinión de Pérez y Alguer (8).

Distinto es lo que sucede con la impugnación del negocio. El Código civil habla de acción de rescisión (arts. 1.294 y 1.299) y de acción de nulidad (artículos 1.301, 1.302, 1.309 y 1.314), pareciendo dar a entender que se trata necesariamente de acción judicial. Esta es también la opinión de la doctrina (9). Siendo necesario el proceso, la sentencia será constitutiva y la anulación o rescisión no se producirá hasta el momento de la sentencia. Si no hay proceso por estar las partes de acuerdo en la procedencia de la anulación o rescisión, cabrá hablar más bien de resolución.

Aplicando todo lo dicho al caso de la sentencia comentada, podemos concluir: 1.º Que por ser meramente anulable la compraventa base del retracto y no haber sido anulada antes del ejercicio de éste, procedía el mismo y la sentencia estuvo acertada al considerarlo así. 2.º Que la ulterior anulación de la compraventa era improcedente ya que tuvo lugar después del ejercicio del retracto. 3.º Que aunque se llegase a tal anulación, ésta debía ser inoperante para el retrayente, ya que se había subrogado en el contrato y que no podía quedar afectado por actos o vicios de quien, además de no ser su causante, había quedado ya fuera del círculo contractual establecido.

B) *Problema procesal*.—Sólo unas líneas: el concepto de base del pleito en la aplicación que de él hace la sentencia comentada nos parece improcedente. La sentencia de Primera o Segunda instancia, debe adaptarse a las modificaciones habidas en la situación de hecho posteriormente a la demanda y que hayan sido alegadas y probadas en tiempo y forma. Precisamente el art. 862, 3.º, LEC, cita como caso de recibimiento a prueba en Segunda instancia el de hechos nuevos, a diferencia de lo que sucede en el recurso de casación (ar. 1.741, LEC). Lo contrario, es decir, el adaptarse necesariamente la sentencia a la situación existente al tiempo de la demanda, sólo puede llevar a una decisión injusta o a la necesidad de resolver en procesos distintos lo que muy bien puede ventilarse en uno solo, con el consiguiente perjuicio de la economía procesal. Lo que sucede es que en el caso de la sentencia comentada, los cambios acaecidos en la situación de hecho no debían repercutir en el fallo y, por tanto, hizo bien el Tribunal Supremo al no tenerlos en cuenta.

El otro problema procesal más restringido al que aludimos es el de si procede en el juicio de retracto la condena a indemnización de daños y perjuicios en el caso de imposibilidad del cumplimiento del verdadero fin del retracto. En principio, nos parece acertada la posición de la sentencia al estimar que dicha condena es ajena a la esencia y fin del juicio de retracto y que la cuestión debe trasladarse al momento de la ejecución de la sentencia. Pero lo que hay que ver es si en el caso comentado se daba dicha imposibilidad: no se daba desde luego, a nuestro juicio, por el hecho de que se hubiese anulado la primitiva compraventa, pues, verificada ya la subrogación del retrayente, la anulación por motivos subjetivos del primitivo comprador, no podía afectarle, y su relación contractual con el vendedor seguía válida y subsistente. Ahora bien, se daba la circunstancia de que, tras la anulación, el vendedor había cedido la

(8) En WOLFF, *Derecho de Cosas*, Barcelona, 1937, II, pág. 145.

(9) Así, PÉREZ Y ALGUER, en ENNECCERUS, *Derecho Civil (Parte general)*, Barcelona, 1935, II, págs. 377-578.

finca en censo enfiteútico a otra persona, cesión que el retrayente sostenía envolvía una verdadera compraventa, por lo que entabló un nuevo juicio de retracto contra el supuesto enfiteuta. Ahora bien, prescindiendo de la viabilidad de este segundo retracto, ¿podía afectar al primero la cesión a censo enfiteútico? Es decir, la subrogación del retrayente, ¿tiene eficacia personal o real? La cuestión equivale a la siguiente: puesto que el Tribunal Supremo, acertadamente sostiene que sólo procede el retracto en caso de compraventa consumada por la tradición (sentencia 20 de mayo de 1943 y 21 de diciembre de 1946), la subrogación, ¿tiene lugar sólo en el contrato o también en la tradición? A nuestro juicio la subrogación tiene lugar en la total transmisión de dominio, es decir, también en la tradición: 1.º Porque el art. 1.521 habla de subrogarse, no en el lugar del que compra o de aquél a quien se hace dación en pago, sino del que «adquiere una cosa por compra o dación en pago», aludiendo, no al contrato, sino a la adquisición. 2.º Porque, como consecuencia, no tendría sentido en otro caso la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por tanto, habiendo adquirido el retrayente el dominio, los actos de transferencia o de constitución de derechos reales que realice quien ya no es dueño no le afectan, a no ser que el adquirente quede protegido registralmente.

En conclusión, el fallo del Tribunal Supremo es acertado; no obstante el retrayente habría de seguir probablemente otro proceso para impugnar la cesión a censo enfiteútico realizada por el vendedor y obtener, en definitiva, la posesión real de la finca. Pero en ejecución de sentencia procedería, según el mecanismo usual del retracto, no la indemnización, sino el otorgamiento de escritura por la primitiva compradora.

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ
Notario.

SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO DE OPCION.—CESION DE ARRENDAMIENTO Y SUBARRIENDO

SENTENCIA 5 JUNIO 1951 (1)

La sentencia comentada, si bien es muy parca en cuanto a sentar doctrina en sentido estricto, por mantenerse por lo general muy ceñida al caso litigioso, encierra gran interés por sus soluciones a los numerosos problemas que el recurso, muy bien planteado, suscitaba. Entre los que trata o sugiere la sentencia, cabe destacar: A) Relación entre dos contratos formalmente independientes. B) Sustantividad del contrato de opción, especialmente en relación con el de arrendamiento. C) Cesión de arrendamiento y subarriendo. Repercusión en el contrato de opción ligado al arrendamiento.

A) Dentro de esta cuestión, tal como aparece planteada en el caso litigioso y en el recurso, hay que observar que se suscitaban, en la tesis que el recurso combate, dos posibilidades: que el contrato de opción formase parte del de arrendamiento, como un contrato único, y que, siendo contratos independientes,

(1) Véase en este ANUARIO, IV-4, 1951, pág. 1736.

el de arrendamiento fuese la causa del de opción. Para resolver el problema total, hay que tratar varias cuestiones: a) Criterio para determinar la unidad o diversidad de contratos. No cabe la mera separación formal, deducida de la conclusión en uno o varios actos o de la incorporación a uno o varios documentos, o incluso, de la expresión en los propios contratos, implícita o explícitamente, de su carácter unitario o independiente. Puede suceder que lo que formalmente aparece como contrato único deba ser escindido en varios contratos independientes, y, a la inversa, que lo que formalmente se presente como contratos distintos deba ser reducido a unidad, integrándose en un contenido contractual único. A nuestro juicio, el único criterio decisivo es el de la causa: habrá un solo contrato cuando ese total contenido contractual responda a una causa unitaria, habrá varios cuando no quepa establecer tal conexión (2).

b) Sentada esta conclusión, parece que hay que descartar, en principio, una de las posibilidades antes apuntadas: la de que un contrato sea causa de otro. En efecto, si un contrato es causa de otro, y no mero motivo o antecedente no causal, la conexión causal establecida determinará la unidad entre los dos contratos, es decir, la formación de una unidad contractual superior dentro de la cual los contratos causalmente enlazados vivan con cierta sustantividad. Por ejemplo, te presto una cantidad a determinado interés a cambio de que me vendas la finca X por tal precio. No obstante, la complejidad de esta figura hace poco aconsejable acudir a este expediente técnico de la unidad causal, pareciendo preferible ligar, más externamente, los contratos mediante una condición. Ambos casos están muy próximos a lo que Enneccerus llama unión de contratos con dependencia unilateral o bilateral (3).

c) Más frecuente es que una prestación de un contrato actúe como contraprestación causal, no sólo de la recíproca prestación del mismo contrato, sino también de otra prestación inserta en otro formalmente independiente. Desde un punto de vista sustantivo, se tratará en general de un único contrato del tipo de los combinados, según la terminología de Enneccerus (4). La unidad de causa determina la unidad del contrato (5).

(2) V. en el mismo sentido ORTEGA PARDO, *Donaciones indirectas*, A. D. C., II-3, 1949, página 957 y sigs. y JORDANO BARRA, Comentario a la S. de 27 febrero 1951, A. D. C., IV, 1, 1961, página 326 y siguientes. La razón, a nuestro juicio, está en el sentido eminentemente individualizador que tiene la causa, entendida como causa del contrato (combinación orgánica de las causas de las obligaciones o prestaciones de las partes): aplicado este sentido individualizador a la causa en sentido abstracto o genérico (causa de una figura contractual), se manifiesta en que casi siempre la definición de un contrato se hace con la simple expresión de su causa: aplicado a la causa en sentido concreto (causa de un determinado negocio concreto de la vida real), se manifiesta en esta determinación de la unidad del contrato en virtud de la unidad causal. En último término, el sentido individualizador de la causa reside en ser el título legitimador de la concesión a la voluntad privada del campo de autonomía que el negocio jurídico supone.

(3) *Derecho de Obligaciones*, trad. esp.: Barcelona, 1955: II, páginas 6 y 7.

(4) Loc. cit., págs. 8-9.

(5) Hay que tener en cuenta que, como dice ORTEGA PARDO, loc. cit., la unidad de contraprestación frente a varias prestaciones es sólo un indicio de la unidad de contrato, no un criterio siempre decisivo. Podemos añadir que tampoco lo es para determinar la unidad de causa, puesto que en este sentido lo decisivo es siempre la voluntad de las partes, es decir, hasta qué punto han querido una conexión causal unitaria. Para investigar esto, un elemento de importancia es el grado de tipificación que el contrato celebrado ha alcanzado en la Ley o en los usos, como determinante de una función económico-jurídica unitaria.

d) En los supuestos planteados en los dos apartados anteriores, se parte de la existencia de una conexión causal indubitada. Pero puede suceder que, aunque en el fondo se dé dicha conexión, no aparezca ésta visible *prima facie*. Esto puede suceder de dos maneras: 1.º, mediante el juego de los negocios abstractos. 2.º, mediante la simple inexpressión de causa prevista en el artículo 1.277 del Código civil. Parece innecesario advertir que se trata de cosas distintas: el negocio abstracto se desenvuelve en sí mismo con independencia de la causa, aunque se pruebe cuál era ésta o su inexistencia. La causa sólo repercute en una fase ulterior (a través del enriquecimiento *sine causa*, por ejemplo). En cambio, en el caso del art. 1.277, probada la causa o su inexistencia, el negocio queda ligado a ella normalmente, aún desde el primer momento. Se mueve la cuestión en un terreno meramente procesal.

e) La conexión o desconexión entre un negocio y su causa debe afectar a todos los aspectos de la influencia de la causa en la estructura y en la vida del negocio, no sólo al más frecuentemente planteado de la existencia o inexistencia de la causa o de la nulidad del negocio por vicios causales. Uno de tales aspectos es, como hemos visto, el de la determinación de la unidad o diversidad de contratos. Por tanto, el carácter unitario previsto en los apartados b) y c) desaparece, *prima facie*, en los casos de contratos abstractos o de inexpressión causal, siempre, claro está, con la diferente trascendencia que a éstos dos mecanismos hemos señalado antes. Prescindiendo ahora del caso del contrato abstracto, inadmisibles en términos generales en nuestro Derecho, vemos que la consecuencia es que si, al amparo del art. 1.277 del Código civil, en ninguno de los contratos formalmente independientes se expresa su conexión causal con el otro, será preciso mantener la independencia sustancial de ambos mientras no se pruebe en debida forma la referida conexión.

f) El alcance de la unidad o diversidad de contratos, en lo que en nuestro caso concreto nos interesa (6), es que si el contrato es único, todo cambio en los elementos personales del mismo afectará al total contenido contractual, mientras no se exprese lo contrario. Esta consecuencia resulta más clara a la luz de la consideración causal apuntada.

B) No se trata aquí del problema de la sustantividad que el contrato de opción pueda tener, como contrato preparatorio, respecto del contrato que prepara (7), sino respecto de otro contrato al que pueda estar causalmente ligado según los criterios anteriormente expuestos. La sentencia comentada dice que el contrato de opción puede surgir como negocio principal, como pacto de otro negocio o como derivación de uno que le sirve de antecedente; pero, afirma, «en todo caso mantiene su fisonomía jurídica propia como contrato preparatorio». Esta afirmación parece referirse a la sustantividad respecto del contrato llamado definitivo, pero, cualquiera que sea la solución que a este problema se dé, no obsta para que el contrato de opción, como cualquier otro,

(6) Sobre los diversos sentidos de la expresión «unidad del contrato», V. ENNEBERTS, loc. cit., pág. 6.

(7) Sobre esto, V. ROCA SASTRE, *El contrato de opción*, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, I, págs. 351-354, donde se sostiene que la opción no es sino una cláusula o pacto anejo al llamado contrato definitivo. Pero teniendo la opción una causa independiente de la del contrato definitivo, parece, según la tesis aquí sostenida, más procedente la solución contraria. V. DE CASTRO, *La promesa de contrato*, A. D. C., III-4, 1950, págs. 1166 v 1174-75.

por muy sustantivo que sea como figura jurídica, pueda fundirse con otro contrato formando un contrato mixto. Hay que destacar el hecho de que el contrato de opción no aparece tipificado por su causa, sino sólo por la prestación de una de las partes (el concedente de la opción o promitente). Resulta ajeno a la esencia de la opción, tal como ha sido construida, el problema de cuál haya de ser la contraprestación del optante, o incluso la posibilidad de la concesión a título gratuito. Esto hace a la opción especialmente apta para ligarse a otro contrato bajo una sola contraprestación, e, incluso, para que no se exprese este ligamen, debido a esa intrascendencia que para la esencia de la opción tiene la expresión de su causa.

Dejando aparte el primero de los casos previstos en la sentencia, creemos que hay que entender la distinción entre los otros dos en el sentido de que cabe que el contrato de opción quede ligado causalmente a otro, o bien que sea simple derivación de ese otro, que le servirá de motivo o antecedente no causal. En ambos supuestos hay que prescindir de la unión o separación en sentido formal. Pues bien, en el primero de esos dos casos, el contrato de opción queda fundido con el otro en un contrato mixto, con toda la trascendencia que antes asignamos a tal carácter unitario.

Contemplando más concretamente el caso de la opción ligada a un arrendamiento, es fácil ver la posibilidad de la distinción aludida. El arrendador puede conceder la opción sin que la contraprestación del optante esté incluida en el precio del arrendamiento, bien porque se pacte una retribución aparte, bien porque se conceda a título gratuito, aunque por el motivo de que el arrendador espera que la posibilidad que ofrece al arrendatario de adquirir la cosa le induzca a cuidarla mejor o a introducir mejoras en ella. En este caso podrá pensarse en una dependencia del tipo de la descrita por Enneccerus (Vid. supra A) b), pero los contratos son sustancialmente independientes, y dicha dependencia habrá de ser probada. Pero cabe también que el precio del arrendamiento actúe como contraprestación, no sólo de la prestación típica del arrendador, sino también de la opción. En tal caso se tratará normalmente de un contrato único, aunque la opción figure en acto independiente (7 b's). Contra esta idea, la sentencia opone una serie de objeciones referentes a la diferencia de causa, de contenido, de tracto, de legitimación, y, en el caso litigioso, de duración, entre los contratos de arrendamiento y de opción. Pero: a) la diferencia de causa no existe si realmente se trata del caso que contemplamos. b) La diferencia de contenido es cierta, pero ello no prueba su incompatibilidad dentro de un mismo contrato: la mayoría de los contratos mixtos unifican contenidos propios de contratos diferentes. c) La diferencia de tracto, sucesivo en el arrendamiento, único en la opción, es de existencia muy discutible: la prestación del promitente—no retirar la oferta de contrato que la opción supone y no vender a otro—es tan de tracto sucesivo como la del arrendador, y nada se opone a que la prestación del optante se pague en los mismos plazos que el precio del arrendamiento. d) La diferencia de legitimación, en cuanto que la concesión de la opción requiere legitimación (y capacidad) para enajenar, se da en muchos contratos mixtos, previendo en tal caso la doctrina la aplica-

(7 bis) El T. S. ha admitido recientemente la posibilidad de fusión de arrendamiento y opción en un contrato mixto, si bien no se trataba de actos formalmente independientes: V. S. de 27 febrero 1951 y el Comentario de JORDANO BAKKA, cit. en N. (2).

ción de la norma más rigurosa (8). e) Finalmente, la diferencia de duración tampoco es decisiva, ya que no hay inconveniente en admitir que una parte de un contrato tenga duración distinta a la del resto.

Interesa salvar también la objeción, sostenida en el recurso, según la cual no cabe pensar en la unidad contractual en vista de que el ejercicio del derecho de opción lleva precisamente a la extinción del arrendamiento. Pero es fácil observar que lo mismo sucede con cualquier contrato con pacto resolutorio a voluntad de uno de los contratantes (ejemplo, compraventa con pacto de retroventa), sin que ello repugne a la consideración de que tal pacto forme parte integrante del contrato en cuestión.

Entendemos, en consecuencia, que por el camino de la sentencia no cabe llegar a la disociación de arrendamiento y opción si realmente se da el nexo causal antes descrito. Pero si nos trasladamos al caso litigioso para observar si en él se daba o no, nos encontramos ante un supuesto de inexpressión de la causa en el que, por tanto, la unión o diversidad de contratos no puede establecerse *a priori*. Mientras no se pruebe la conexión causal, hay que reputar independientes ambos contratos. Aunque el demandado trató de probar dicha conexión, parece que no lo logró suficientemente, por lo que, en definitiva, se debe estimar acertado el fallo del Tribunal Supremo, aunque hayamos llegado a él utilizando un camino distinto al que la sentencia emplea.

D) Ahora bien, como dice el recurso exactamente, el fallo recurrido necesitaba para sostenerse que fueran ciertas sus dos premisas fundamentales: que el contrato era único, y que lo que había mediado ulteriormente no era un subarriendo sino una cesión de arrendamiento. Destruído uno de los fundamentos, era innecesario ocuparse del otro; pero por hacerlo la sentencia, hemos de hacer alguna referencia a él.

No es preciso señalar las diferencias, evidentes, entre el subarriendo y la cesión del arrendamiento. De lo que se ocupa la sentencia es de los criterios para interpretar un contrato en que se duda en cuál de las dos figuras encaja. El criterio decisivo es, sin duda, el de observar si en el contrato se crea una nueva relación entre el arrendatario y el otro contratante, subsistiendo la antigua relación entre arrendador y arrendatario, o si por el contrario se establece una relación directa entre el nuevo contratante y el arrendador, desapareciendo toda relación entre éste y el primitivo arrendatario. En el primer caso, habrá subarriendo; en el segundo, cesión del arrendamiento. En el caso presente, el contrato discutido era tan claro y obvio que no cabe duda de que, cualesquiera que fueran las ulteriores vicisitudes de su ejecución, no ofrece duda que se trató de un mero subarriendo, con lo que, destruido el segundo fundamento del fallo recurrido, se impone abiertamente la casación admitida por el Tribunal Supremo.

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ

Notario.

(8) V. ORTEGA PARDO, loc. cit., pág. 966.

RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD NATURAL.

SENTENCIA 8 OCTUBRE 1951

ANTECEDENTES.—Doña A. B. F., en 8 de noviembre de 1943, presenta un escrito contra I. y V. N. M. y los que se crean con derecho a impugnar el reconocimiento que la actora solicita como hija natural de un hermano de I. y V. N. M. Manifiesta que su padre la había reconocido tácitamente, puesto que desde su nacimiento ejerció sobre ella voluntaria y espontáneamente, y con solicitud verdaderamente paternal, cuidados, derechos, afectos y obligaciones de padre; costeó su alimentación, sostenimiento y vestido y la instituyó heredera en un testamento cerrado que luego fué declarado nulo por defecto de forma. Muerto su pretendido padre y alegada por la actora su continua e ininterrumpida posesión de estado, solicita dicha actora ser reconocida como hija natural del hermano de I. y V. N. M., al amparo, principalmente, del artículo 135 del Código civil. Los demandados se oponen a la pretensión de la actora manifestando que nunca tuvo su hermano difunto voluntad de reconocerla como hija, por lo que la posesión de estado que aquella alega debe ser ineficaz a tenor de la interpretación que reiterada jurisprudencia hace del artículo 135.

Rechazada la pretensión de la actora A. B. F. en primera instancia y en apelación, interpone recurso de casación basado en el siguiente

MOTIVO ÚNICO.—A tenor del art. 1.602, núm. 1.º, infracción e interpretación errónea del art. 135 del Código civil y de la Jurisprudencia en torno a él formada, según la cual al Tribunal Supremo corresponde examinar los hechos que se den por probados para determinar si hubo o no reconocimiento tácito, y revisar el concepto jurídico de posesión de estado que, como tal, es revisable en casación.

CONSIDERANDO: Que el vigente Código civil, apartándose de la tradición del Derecho anterior en el que prevalecía la tesis de la licitud de la investigación de la paternidad, e influido por el Código napoleónico y por el de Italia, prohibitivos de la misma, ha limitado en su art. 135 la acción de filiación entablada por el hijo contra el presunto padre natural a los casos de condena criminal, a los de reconocimiento expreso por parte de éste en documento indubitado y al de que el hijo se encuentre en la posesión continua del estado de tal demostrado por actos directos del mismo padre o de su familia a que se refiere el apartado segundo de dicho artículo, que es precisamente el invocado por la demandante.

CONSIDERANDO: Que aunque la posesión de estado de hijo natural implica un concepto jurídico, que por lo tanto puede ser revisado en casación por el Juzgador, no es menos evidente que su afirmación o negación se funda en hechos que el Tribunal ha de dar o no como probados, y, por lo tanto, para impugnar la negación de la posesión de estado llevada a cabo por el Tribunal de instancia, es indispensable combatir los hechos sentados por el Tribunal por el cauce del número 7.º del art. 1.602 de la LEC.

CONSIDERANDO: Que en el presente litigio, si bien la sentencia de instancia reconoce en sus Considerandos que era público y notorio que el pretendido padre de la recurrente mantuvo relaciones íntimas con la madre natural de la demandante y que instado para que se casara con ésta, sistemáticamente se negó prometiendo en algún caso que arreglaría su vida queriendo significar con ello que otorgaría testamento, y que efectivamente lo hizo instituyendo heredera a la demandante y a sus hermanos, testamento que fué declarado nulo y carente de todo valor y efecto por Sentencia de esta Sala de 7 de julio de 1943, en el que, por cierto, manifestaba el testador que carece de descendientes. Lo que no se compagina con el reconocimiento que se pretende, no lo es menos que la propia sentencia declara que dicho testador no hizo en el sentido de reconocer tal paternidad ni manifestaciones explícitas ni realizó actos que la corroborasen, proclamando en el Considerando trece de la sentencia de primera instancia aceptado por la Sala que no hay posesión de estado acreditada, ni menos continuidad de éste; que faltan actos del presunto padre justificativos de la posesión propugnada, sin que la pública opinión, ni esporádicas manifestaciones de las relaciones íntimas con la madre sean suficientes para entender generada y mantenida una continuidad de estado posesorio que pudiera dar eficacia a la acción ejercitada, y siendo así y no atacándose con éxito estas afirmaciones por error en la apreciación de la prueba que revele la equivocación evidente del juzgador, es imposible admitir la infracción del art. 135 del Código civil en su número segundo que cita como infringido el único motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que aun cuando éste cita como doctrina infringida la contenida en las Sentencias de este Tribunal de 26 de abril y 21 de noviembre de 1924, que representa un paréntesis en el criterio restrictivo sustentado por este Tribunal en materia de investigación de la paternidad, no es menos cierto que aquella Jurisprudencia, inspirada evidentemente en el art. 43 de la Constitución de la República ha sido rectificada posteriormente por múltiples resoluciones de este Tribunal y por ello no es de apreciar tampoco la infracción de una doctrina legal que en la actualidad no existe.

FALLO: No ha lugar.

COMENTARIO

Con la Sentencia objeto de nuestro comentario retorna el Tribunal Supremo a su postura tradicional de rigurosa rigidez en cuanto a la interpretación que ha de darse al art. 135 del C. c., que, según creencia general, es el que en nuestro Derecho aborda el delicado problema de la investigación de la paternidad.

Cuando la doctrina contenida en un Fallo de nuestro más Alto Tribunal nos agrada y satisface, parece que la pluma corre sola para elogiar la ponderación y espíritu de justicia que en la Sentencia se contiene. Sin embargo, cuando no se está de acuerdo con la posición adoptada por el Tribunal Supremo en un punto determinado, antes de manifestar nuestro desagrado es preciso meditar y estimar con máximos cuidados lo que ha de decirse. Y este es precisamente el caso de la Sentencia que nos ocupa; ni en el supuesto que ha dado lugar a ella,

ni en el entoque general de la cuestión, puede aceptarse, en buenos principios jurídicos, el criterio de estrecha e injustificada rigidez con que el Tribunal Supremo interpreta y encauza la aplicación del art. 135 del C. c.

Para mejor fundamentar nuestro punto de vista, vamos a dividir el contenido de estas líneas en cuatro partes: I) Razones que han movido al Tribunal Supremo a adoptar su postura y estado del problema de la mal llamada investigación de la paternidad en nuestro Derecho anterior al C. c. II) En el artículo 135 de dicho Cuerpo legal, ¿se regula, efectivamente, la investigación de la paternidad? III) Interpretación que el Tribunal Supremo da al art. 135, con especial referencia a la posesión de estado. Crítica. IV) Concepto de la posesión de estado. Posesión de estado y subvención de gastos. Conclusión.

1

La causa del criterio jurisprudencial, como es bien sabido, tiene su origen al otro lado del Pirineo. Anteriormente a la Revolución, en Francia, se permitía la libre investigación de la paternidad, consecuencia esto de la escasez de derechos de que gozaban los hijos ilegítimos. No obstante, las acciones de investigación de la paternidad eran frecuentes y, como no podía ser menos, dada la naturaleza de la cuestión, daban lugar a escabrosos procesos que minaban y destruían la paz de las familias y ponían a prueba el honor de muchas de ellas intachables. Aunque la prole ilegítima no gozaba sino de un limitado derecho a alimentos, las doncellas-madres, cuando decidían lanzarse a la «caza» de un padre para su hijo, procuraban señalar como tal al más rico o influyente de cuantos habían tenido relación sexual con ellas (1). Bastaba para condenar al presunto padre a sufragar ciertos gastos de alimentación y del parto la manifestación de la doncella, en virtud del principio «Creditur virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo praegnantem esse» (2). Con sólo mensar en el remedio que, para librarse de la acusación, tenían los seductores, la llamada «exceptio plurium concumbentium» (3), se comprenderá en seguida el escándalo que rodeaba a la mayoría de los procesos sobre paternidad. Hasta tal punto que Bigot du Préameneu llegó a calificarles de «fléau de la société» (4).

La Convención no pudo menos de tratar de evitar, fuese como fuese, aquellos procesos, máxime cuando igualaba los derechos de la prole ilegítima a los de la prole legítima; y así, por Ley de 12 del Brumario del año II, suprimió radicalmente la investigación de la paternidad, no admitiendo como prueba de la misma más que el reconocimiento voluntario por parte del padre (5). Esta dirección se condensó en el brocardo «la paternité non avouée ne peut être recherchée» (6), antecedente del art. 340 del Código francés en su redacción na-

(1) PLANIOL-RIPERT, *Traité Elementaire de Droit Civil*, tomo I. 11.ª edición. París, 1928; página 506.

(2) ANT. FAVRE, *Codex Definitionum*, liv. IV, tit. XVI, Def. 18.

(3) RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, 2.ª edición española, Madrid, 1945, II, 2.ª página 212; SAVATIER, *Cours de Droit Civil*, tomo I, París, 1947; pág. 221.

(4) PLANIOL-RIPERT, ob. cit., página 506.

(5) PLANIOL-RIPERT, ob. cit., página 506.

(6) CASTAN, *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo IV, 6.ª edición, Madrid, 1944; página 22.

polemica. El citado artículo del Código francés se expresaba así: «La recherche de la paternité est interdite (7). Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant».

En este precepto, que tanta influencia ejerció después de otras legislaciones, se contienen dos hipótesis de hecho totalmente distintas; y el no saberlas distinguir, englobando a ambas dentro de la equívoca expresión «recherche de la paternité», ha sido la causa del obscurantismo que ha reinado, y en cierto modo sigue remando en la materia. En el primer párrafo se suprime la verdadera y auténtica investigación de la paternidad. De acuerdo. Pero en el segundo no se trata ya de una investigación de la paternidad, sino de una investigación de la conducta de un hombre que por su solo comportamiento se presenta, casi totalmente, como padre de un ser determinado. Y he aquí el lamentable error del legislador francés: el haberse dejado influir por el peso abrumador del párrafo 1.º del art. 340, no atreviéndose a desenvolver en el párrafo 2.º más que una de las muchas hipótesis consecuencia del supuesto de hecho general que se induce del párrafo 2.º, y que es absolutamente diverso del contenido en el párrafo 1.º En dicho párrafo 1.º se pretende evitar la «caza» de padres para sus hijos por las doncellas desaprensivas y, quizá también el que se siga un proceso contra un individuo determinado imputándole una paternidad, cuando no existen pruebas seguras de hecho tan trascendental. Muy natural que así sea. En el párrafo 2.º, por el contrario, la hipótesis general que se induce de su formulación es ésta: De la conducta y comportamiento de un hombre concreto y determinado se deduce que casi fatalmente ha de ser el padre de una determinada criatura. ¿Por qué no se previeron en dicho párrafo 2.º otros muchos casos en que la presunción tendría tanta o más fuerza que en el previsto? Ni más ni menos que por sacar de su propio terreno la prohibición contenida en el principio inicial del art. 340.

Teniendo esto en cuenta no ha de extrañar el sin fin de críticas y comentarios que en torno a sí levantó el art. 340. Si grande fué la elocuencia de los que antes de la Revolución atacaron la libre investigación de la paternidad, mayor aún, y quizá más sincera y humana, era la de los que ahora censuraban el artículo 340, especialmente en su cobarde párrafo 2.º (8).

El estado de la opinión cristalizó al fin en la Ley de 16 de noviembre de 1912, por la que el legislador, recogiendo por inducción el principio contenido en el párrafo 2.º del art. 340, llegó a admitir hasta cinco aplicaciones concretas del mismo (9).

El error que durante tanto tiempo indignó a la opinión pública gala cruzó las fronteras y dió lugar al art. 189 del Código civil italiano del año 1865; casi reproducción del 340 del Código francés, si bien un poco menos radical. También en Italia se levantó pronto un clamor general que pidió la derogación del artículo 189, clamor que tuvo como primera consecuencia ciertas leyes dictadas

(7) Contrasta con el art. 341: «La recherche de la maternité est admise».

(8) PLANIOL-RIPERT, ob. cit., pág. 506; CASTÁN, ob. cit., pág. 23; DE DIMBO, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, Madrid, 1930, páginas 519 y 520.

(9) Para una clara visión de esta ley puede consultarse PLANIOL-RIPERT, ob. cit., páginas 507 y siguientes; SAVATIER, ob. cit., páginas 222 y siguientes; BONNECASE, *Elementos de Derecho Civil* (traducción española), tomo I, México, 1945, páginas 605 y siguientes.

en el periodo de la Gran Guerra y hoy ha conducido a los arts. 269 y siguientes del Nuevo Código civil italiano, que de forma tan distinta regulan la cuestión (10).

¿Qué papel jugó en España la errónea concepción francesa? Funesto por demás, ya que se adueñó del Tribunal Supremo e hizo adoptar a éste una postura en la interpretación del art. 135, que le separa de la vieja tradición castellana y le enlaza con el art. 340 del Código francés, siendo así que en el artículo 135 de nuestro Código, según después veremos, se recoge, si bien es verdad que tímidamente, la rancia tradición de nuestro Derecho Histórico. Un error, y además de importación extranjera, ha sido la causa del criterio que acerca del art. 135 adopta nuestro Tribunal Supremo, criterio al que luego nos referiremos.

¿Cuál era la tradición española a la que antes hemos aludido? Con anterioridad a nuestro Código civil, el problema que se esconde tras la confusa expresión de «investigación de la paternidad» fué resuelto en base a lo dispuesto en la Ley XI de las de Toro: «E porque no se pueda dubdar cuales sonijos naturales, ordenamos e mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales quando al tiempo que nascieron o fueron concebidos sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensación, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien lo ovo en su casa, ni sea una sola, en concurriendo en el hijo las qualidades susodichas, mandamos que sea hijo natural». La norma es obscura, pero se entendió en el sentido de que era admisible el reconocimiento tácito de la paternidad; por lo cual era licito practicar pruebas para averiguar si por la conducta del pretendido padre concreto y determinado, podía imponerse a éste judicialmente la paternidad. El Tribunal Supremo, en sentencias de 8 de octubre de 1853, 13 de junio de 1863 y 25 de enero de 1865 sancionó tal orientación (11), (12).

Esta era la situación de nuestro Derecho antes de promulgarse el Código civil. Una vez promulgado éste, ¿el art. 135 debe considerarse como continuación del estado anterior o, por el contrario, debe estimarse que nuestro Código se encuadra dentro del sistema francés, aunque de una forma no tan radical como su modelo? Para contestar a esta pregunta, pasemos a la segunda parte de este Comentario.

II

Ante el art. 135 del Código civil hay que preguntarse necesariamente lo siguiente: En este precepto, ¿se regula la investigación de la paternidad? Generalmente, la doctrina, cuando va a enfrentarse con el artículo en cuestión, encabeza sus manifestaciones con los nombres de Reconocimiento forzoso de la paternidad

(10) RUGGIERO, ob. cit., pág. 212; AZZARITI, MARTÍNEZ, AZZARITI, *Diritto Civile Italiano*. «Disposizioni sulla Legge in generale e Libro Primo del Codice», tomo II, Padova, 1943, páginas 879-882; BARASI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 4.ª ed. Milano, 1948, pág. 206; MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 8.ª ed., t. II, parte prima, pág. 142; CICU, *La Filiación*, edición española, pág. 234 y siguientes.

(11) CASTAN, ob. cit., pág. 22.

(12) ALVAREZ POSADILLA, *Comentarios a las Leyes de Toro*. Madrid, 1826, páginas 110 y 111.

o investigación de la misma (13), no sin declarar que estas denominaciones son muy poco satisfactorias. El más explícito en este sentido es De Diego, al que sigue Castán (14). Sin embargo, quien de una manera más decidida, no contentándose ya con sugerencias, ha planteado la cuestión del verdadero alcance del artículo 135 ha sido el profesor Royo Martínez en su recientemente publicado «Derecho de Familia» (15). El ilustre profesor de la Universidad de Sevilla dice: «Bajo la denominación de Investigación Judicial de la paternidad suelen hallarse, con gran frecuencia, englobadas dos hipótesis muy distintas: una, que es la verdadera investigación judicial de la paternidad o indignación enderezada a juzgar de la posibilidad y probabilidad de que un varón sea padre de una criatura, mediante examen y valoración de los indicios anteriores y coetáneos a la concepción o que de ella arrancan (relaciones carnales, concubinarias o no, del presunto padre con la madre, honestidad relativa de ésta, pruebas biológicas, etc.). La otra hipótesis, radicalmente distinta en el aspecto conceptual, es de mera pseudo-investigación judicial de la paternidad y, en cambio, de verdadera investigación del reconocimiento expreso o tácito no solemne, es decir, una investigación encaminada a valorar la conducta del varón respecto del presunto hijo o las manifestaciones no solemnes de tenerle por tal, para declarar en la sentencia si ha habido o no reconocimiento admisión».

«Observemos las diferencias que separan uno y otro tipo. En la acepción propia, es decir, cuando existe verdadera investigación de la paternidad, lo que se investiga es la posibilidad biológica y la probabilidad real de un hecho biológico: el de engendramiento por el varón demandado. Para establecer esta probabilidad, las pruebas han de ser referidas al momento de la concepción o a los antecedentes del mismo. La Sentencia contendrá, si procede, una declaración de paternidad. En la acepción impropia, o falsa investigación de la paternidad, se intenta establecer la existencia y valorar los indicios de un acto humano, de una voluntad: si el padre presunto llegó o no al reconocimiento no solemne. Las pruebas han de ser, por lo tanto, referidas a momentos posteriores, por lo menos, a la concepción y, en general, posteriores al nacimiento. La sentencia contendrá una declaración de que la criatura fué reconocida como hijo».

«En la auténtica investigación judicial de la paternidad, la Ley ordena al juez que se pregunte: ¿pudo ser y probablemente fué este hombre padre de este hijo? En la investigación del reconocimiento, la Ley manda al juez que resuelva este otro y muy distinto problema: ¿quiso en algún momento este varón tener a esta criatura por hijo suyo?» (16).

Abundando en las muy certeras frases del citado profesor, podemos añadir que una cosa es la investigación de la paternidad y otra muy distinta la investigación del reconocimiento o conducta del padre para imponer judicialmente una

(13) Así CASTÁN, ob. cit., página 21 y siguientes; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, tomo V, volumen 2, Madrid, 1912; pág. 992. DE DIEGO, *Instituciones...*, tomo II, página 515; VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil*, tomo IV, 4.ª edición, Valladolid, 1938; páginas 441 y siguientes; y PUIG PESA, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, vol. 2, Madrid, s. a., páginas 51 y siguientes, etc.

(14) DE DIEGO, ob. cit., pág. 518.

(15) ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*, Sevilla, 1949.

(16) ROYO MARTÍNEZ, ob. cit., páginas 262 y 263.

paternidad que, in natura y claramente demostrada, existía ya antes de la im-
posición judicial de la misma.

¿Cuál de las dos figuras regula el art. 135? Nadie mejor que el propio profesor Royo puede contestar a esta pregunta, secuela inevitable de lo dicho anteriormente. «En España—dice—, cuya doctrina en el Derecho, como en tantas otras ramas del pensamiento, es notablemente afrancesada durante el siglo XIX, todo este movimiento ultrapirenaico siembra una tremenda confusión. El criterio tradicional castellano, según la Ley XI de Toro, no admite la investigación de la paternidad propiamente tal, pero en modo alguno repele el reconocimiento no formal y, como aun este reconocimiento es eficaz e irrevocable, acepta la investigación del reconocimiento expreso no solemnne y del tácito».

Esto sentado, anticipemos que, pese al afrancesamiento aparente de nuestro Código, el art. 135 no representa en este Cuerpo legal una concesión restringida a favor de la investigación judicial de la paternidad, sino la perduración del viejo sistema castellano que otorga eficacia al reconocimiento no formal y solemnne y, por considerarle válido e irrevocable, permite que sea constatado por los Tribunales como tal reconocimiento».

«Nuestro Derecho no admite ningún supuesto autónomo de investigación de la paternidad, pues en el caso de delito sexual, la declaración es accesoria de la condena penal y en los restantes supuestos del art. 135 se trata exclusivamente de investigación de reconocimiento. Esta afirmación no quiere ser ni laudatoria ni de censura para el sistema de nuestro Código; quiere tan sólo reflejar fielmente el papel del art. 135, que no es, como tantas veces se ha dicho, una concesión a orientaciones extranjeras, sino, precisamente, la supervivencia del sistema castellano de las Leyes de Toro...» (17).

Suscribimos íntegramente la opinión del profesor Royo Martínez, y nos congratulamos de que ésta haya encontrado una expresión tan clara y decisiva en los elocuentes párrafos que acabamos de transcribir.

Queda, a nuestro entender, suficientemente demostrado que el art. 135 no es una versión atenuada de las concepciones francesas (18), sino una continuación, es cierto que un poco tímida y quizá inconsciente, del sistema tradicional castellano. Es más, aunque el legislador español, a través de la Base 5.ª, de la que no es muy fiel reproducción el art. 135 del Código civil (19), hubiese querido encajar dicho Cuerpo legal en las concepciones francesas, las palabras por el empleadas, histórica, gramatical y sistemáticamente interpretadas, darían pie para hacer del art. 135 un continuador del sistema anterior a su promulgación. Más aún, aun cuando el art. 135 fuese una clara versión de ideas ultrapirenaicas, ¿no hubiera sido noble empeño en el Tribunal Supremo conseguir y propugnar una interpretación española del precepto? ¿Es que nuestro más Alto Tribunal no ha adoptado esta postura cuando ha creído que servía a la tradición española o a la que, a su juicio, pasaba por tal? (20). Veamos en el apartado siguiente cuál es la interpretación jurisprudencial del art. 135.

(17) ROYO MARTÍNEZ, ob. cit., páginas 265 y 266.

(18) Concepciones que, por otra parte, han sido casi abandonadas con la ley de 16 de noviembre de 1912.

(19) Una simple comparación lo demuestra.

(20) El ejemplo de la sentencia de 19 de junio de 1945 con relación al artículo 464 es bien alocucionador a este respecto.

Nuestro Tribunal Supremo ha adoptado un criterio de extremada rigidez en orden a las acciones de filiación que nos ocupan. El criterio que inspira la mayoría de sus resoluciones es el siguiente (21): Que el Código civil, apartándose de la tradición del Derecho anterior en el que era lícita la investigación de la paternidad e influido por los Códigos de Francia e Italia, prohibitivos de la misma, ha limitado en su art. 135 la acción de filiación entablada por el hijo contra el presunto padre a los casos que en dicho artículo taxativamente se enumeran. En este sentido pueden citarse, entre otras, las S. S. de 10 de febrero de 1914, 21 de mayo y 7 de noviembre de 1896, 22 de diciembre de 1899, 26 de junio de 1903, 5 de julio de 1906, 25 de febrero de 1914, 25 de febrero y 17 de junio de 1927 y 16 de enero de 1928. A éstas puede añadirse la de 8 de octubre de 1951, que es la que nos ocupa. En toda esta Jurisprudencia se recalcan estas tres cosas: 1) Que en nuestro actual Derecho civil está prohibida la investigación de la paternidad, 2) Que solo cabe imponer el reconocimiento en los casos previstos en el art. 135 del Código. 3) Que este precepto ha de ser objeto de una interpretación rigurosa y rigidamente restrictiva.

Hay otras Sentencias que han visto con más claridad la cuestión, dándose cuenta, por lo menos, de que un principio general de prohibición de la investigación de la paternidad no existe en nuestro Código civil. Así, la Sentencia de 10 de febrero de 1947 dice que «si bien es cierto que este artículo (el 135) no establece una prohibición directa de la investigación de la paternidad, como lo hacía la Base 5.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, es lo cierto que limita el reconocimiento del hijo natural a los tres casos que taxativamente menciona».

Aun es preciso hacer constar otro aspecto fundamental que la Jurisprudencia se ha inventado en su interpretación del art. 135. Concretamente, por lo que al escrito indubitado y a la posesión de estado se refiere, una reiterada Jurisprudencia exige que, para imponer el reconocimiento judicialmente, no sólo ha de darse un convencimiento de la paternidad, sino, además, la voluntad libre, espontánea y ostensible del padre de tener un hijo por tal. Castán cita en este sentido las S. S. de 5 de julio de 1906, 12 de octubre de 1907, 16 de julio de 1917, 24 de enero y 26 de mayo de 1920 (22), a las que puede añadirse la de 24 de marzo de 1927, citada por Puig y Peña (23).

Esta es, a grandes rasgos expuesta, la doctrina que nuestra Jurisprudencia ha torjado como tradicional en torno al art. 135 (24). De todas las afirmaciones que con relación a dicho precepto ha hecho el Tribunal Supremo, sólo una puede aceptarse sin reservas: la de que la imposición judicial de la paternidad debe limitarse a los casos que menciona expresamente. En cuanto a lo demás, ya vimos que el problema de la investigación de la paternidad no es el previsto en el art. 135, y por lo que respecta al criterio restrictivo de interpretación nos atenemos a lo que en seguida vamos a decir.

(21) Vid. los considerandos de la sentencia que ha dado lugar a este comentario.

(22) *Ob. cit.*, página 25.

(23) *Ob. cit.*, página 50.

(24) Prescindimos aquí del párrafo último del artículo 135.

Puesto que las Leyes se dictan para ser obedecidas, no hay más remedio que limitar los casos de investigación del reconocimiento (cosa distinta de la investigación de la paternidad) a los supuestos en que la Ley lo admite. Ahora bien, si como hemos visto más atrás cabe encontrar en el art. 135 una continuación del sistema castellano, debía bastar la circunstancia de que este artículo haya tasado los casos en que se admite la investigación del reconocimiento, para que el Tribunal Supremo interpretase con cierta numana flexibilidad los números 1.º y 2.º del mismo. De esta forma conseguiría una triple finalidad: 1) Enlazaría perfectamente el art. 135 con el Derecho anterior al C. c., al saber prescindir de los equivocados prejuicios franceses que hoy le dominan en este punto. 2) Realizaría una labor humanitaria no por ridículas sensibilidades folletinescas, sino obedeciendo a la más pura tradición del sistema jurídico de un pueblo. 3) En lo que cabe, pondría de acuerdo nuestro viejo art. 135 con las orientaciones que hoy imperan en esta materia en las Legislaciones extranjeras más progresivas (25).

Pero es que aún hay más: El Tribunal Supremo, en su afán de rigidez, se ha inventado, para que proceda la imposición de la paternidad, un requisito que en modo alguno exige la Ley, como es el añadir a la posesión de estado o al escrito indubitado, la voluntad firme, espontánea y ostensible de reconocer al hijo por parte del padre. ¿Donde exige esto nuestro Código civil? La doctrina crítica con sobrada razón esta postura (26). El propio Tribunal Supremo se ha dado cuenta de su error y durante el período republicano inició un cambio radical en su orientación, manifestando que no debía exigirse al documento indubitado o al estado posesorio otras circunstancias que las determinadas en el artículo 135 del C. c. (S. S. de 8 de diciembre de 1933, 27 de abril y 21 de diciembre de 1934 y 9 de mayo de 1935) (27). ¿A qué se debe, en la Sentencia que comentamos, retornar al criterio rígido anterior abandonando la posición acertada que se abría camino en las Sentencias citadas? ¿Es que, acaso, era precisa la vigencia del art. 43 de la Constitución republicana para interpretar correctamente el 135 del Código civil? Sincera y rotundamente, creo que no.

Hasta aquí, en realidad hemos venido estudiando la posición de la Jurisprudencia, en general, sin referirnos concretamente a una Sentencia determinada. Claro está que lo que se ha dicho puede aplicarse a la de 8 de octubre de 1951, que no es sino «una más» entre las que siguen el que el Tribunal Supremo ha adoptado como criterio tradicional en lo tocante a reconocimiento de filiación natural. Digamos, sin embargo, algunas palabras referidas específicamente a esta última Sentencia.

(25) El artículo 135 es pobrísimos, si le comparamos con la ley francesa de 1912, ya citada; con los artículos 269 y siguientes del *Nuevo Código Civil Italiano*, con el criterio que preside los párrafos 1717 y 1718 del B. G. B.; con los artículos 314 y siguientes del Código Civil Suizo, etc.

(26) PUIG Y PEÑA (ob. cit., pág. 60), 'después de haber dicho que la posesión de estado consiste, en definitiva, en actos que inconfundiblemente acreditan la filiación, añade: "Pero nuestra Jurisprudencia, ahondando en esta inconfundibilidad, ha exagerado el criterio, pues que ha exigido también que esos actos acrediten con evidencia notoria la voluntad firme, resuelta y espontánea del padre, que demuestre su propósito de tratar al hijo como tal (sentencia de 24 de marzo de 1927). Esta última orientación ha sido criticada por los comentaristas, dado que con ella se inclina el Tribunal Supremo a confundir la posesión de estado con un reconocimiento tácito, lo cual atenta a los principios de la técnica en cuestión."

(27) CRISTÓ, ob. cit., pág. 25; PUIG Y PEÑA, ob. cit., pág. 45.

El argumento clave en que se apoyan los demandados (recurridos), está extraído de anteriores fallos jurisprudenciales, ya que afirman que nunca tuvo el pretendido padre una voluntad firme, espontánea y ostensible de reconocer a su hija como tal (28). En cuanto a la posesión de estado, dada la forma de interpretar el art. 135, la postura del Tribunal Supremo podría resumirse así: o bien que a la posesión de estado, para que sea eficaz, ha de añadirse la firme, espontánea y ostensible voluntad de reconocer, o bien, construyendo de otra forma la cuestión, que donde no hay esa voluntad no hay posesión de estado o ésta es ineficaz (29). Ninguna de estas orientaciones es admisible en buena doctrina jurídica.

La sentencia que comentamos dice en uno de sus Considerandos que aunque la posesión de estado es un concepto jurídico que, por lo tanto, puede ser revisado en casación por el juzgador, no es menos evidente que su afirmación o negación se funda en hechos que el Tribunal ha de dar o no como probados, y, por lo tanto, para impugnar la negación de estado llevada a cabo por el Tribunal de instancia, es indispensable combatir los hechos sentados por el Tribunal por el cauce del número 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (30). De acuerdo hasta aquí. Ahora bien, en el caso en cuestión, ¿de los hechos que no se han combatido, correctamente apreciados, y subsumidos en el artículo 135, núm. 2.º, ¿no podría derivarse una posesión de estado a tenor de dicho precepto? Para despejar este interrogante, veamos qué ha de entenderse por posesión de estado.

Como es sabido, una antigua regla jurídica afirma que la posesión de estado cristaliza en estos tres elementos: Nomen, Tractatus y Fama (31). Es decir, la posesión de estado no es otra cosa que un complejo de circunstancias que, atribuidas en su conjunto a un sujeto, presentan a éste ante la sociedad como titular de un determinado «status». Esto, en general. Sin embargo, esta concepción sufre ligeras variantes con relación a la filiación natural o ilegítima. La posesión de estado de hijo natural rara vez suele ir acompañada del Nomen (32), por lo que se dice que tal posesión se integra únicamente en el Tractatus y la Fama (33). Esto es, cuando el hijo recibe de su presunto padre un trato propio de padre a hijo y cuando por tal hijo es tenido en el concepto público, goza de la posesión de estado. Es bien gráfica a este respecto la con-

(28) Vid. más atrás.

(29) Quizá sea ésta la posición latente en la Sentencia de 8 de octubre de 1951.

(30) Vid. Considerando segundo.

(31) PLANIOL-RIPERT, ob. cit., págs. 165-166: «Los antiguos comentaristas resumieron en una fórmula cómoda todos los hechos que constituyen esta especie particular de posesión: Nomen, Tractatus, Fama. Nomen, es el hecho de llevar el nombre que designa este estado: el nombre de padre o de madre si es una cuestión de filiación, el nombre de francés si es una cuestión de nacionalidad, etc.; Tractatus, es el hecho de haber sido siempre tratado como tal por todas las personas con quien uno se encuentra en relaciones de negocios o de familia; Fama, es el hecho de haber sido conocido por tal públicamente». ROYO MARTÍNEZ se expresa en un sentido casi idéntico, en ob. cit., pág. 250. Vid. también PUIG PERA, ob. cit., págs. 45-47.

(32) Sin embargo, en el caso de la Sentencia a la recurrente se la conocía en el lugar con el mismo apodo que a su pretendido padre.

(33) ROYO MARTÍNEZ, ob. cit., págs. 277-278; BARASSI, ob. cit., pág. 206; MESSINHO, ob. cit., pág. 142. Vid. también lo que en torno a la posesión de estado de hijo natural se dice en PLANIOL-RIPERT, ob. cit., págs. 516-517, donde se recoge la interesante doctrina de DEMOLOMME, citada también, con la de VÉLIZ SARGENT, por PUIG PERA, ob. cit., pág. 46.

cepton que de la posesión de estado de hijo natural nos ofrece el art. 270 del *Nuovo Codice Civile Italiano* de 1942. Después de haber dicho en el 269 que «la paternidad natural no puede ser declarada judicialmente más que en los casos siguientes: ... 4). cuando haya posesión de estado de hijo natural», establece en el 270: «La posesión de estado de hijo natural resulta de hechos que en su complejo constituyen un grave indicio de la relación de filiación entre una persona y aquella a la cual se atribuye la paternidad. En todo caso deben concurrir los siguientes hechos: Que la persona sea tratada como hijo de aquél a quien reclama por padre natural y que éste haya, como tal, provisto al mantenimiento, a la educación y a la colocación de aquélla. Que sea constantemente considerada como tal en las relaciones sociales» (34). Aunque no emplea la expresión posesión de estado, la Ley francesa de 16 de noviembre de 1912 establece: «La paternidad fuera del matrimonio puede ser judicialmente declarada: 5). En el caso de que el pretendido padre haya provisto o participado al mantenimiento o a la educación del hijo en calidad de padre» (35). Parecidas a las concepciones que acabamos de ver de la posesión de estado son, aunque referidas a la filiación legítima, las contenidas en los arts. 321 del Código francés y 172 el viejo Código italiano, que no es sino una textual reproducción del primero (36).

Nuestro Código ni en el art. 116 ni en el 135 define la posesión de estado, pero son a él plenamente aplicables las concepciones referidas; es más, quizá al no definirla lata en su espíritu un concepto aún más amplio y flexible que el de las Legislaciones extranjeras. La posesión de nuestra doctrina coincide con lo dicho (37).

Teniendo en cuenta todo lo que hemos manifestado e interpretando el artículo 135 histórica, gramatical y lógicamente como debe ser interpretado, sin crear exigencias ni requisitos a los que ni alude su texto ni comprende su espíritu, ¿no podría haberse declarado la relación de filiación natural entre la recurrente y su pretendido padre? La respuesta afirmativa se impone.

De desear sería que el Tribunal Supremo iniciase un cambio de rumbo en la interpretación del artículo 135, abandonando esa injustificada rigidez de importación extranjera que hoy preside sus fallos en esta materia. De esta forma, no sólo estaría más conforme con la letra y el espíritu del precepto, sino que al mismo tiempo realizaría una loable aproximación entre el Derecho y la Moral, adornaría sus fallos de ese criterio humano y flexible que debe presidir las auténticas Sentencias y conseguiría ponerse en este punto tan delicado a la gran altura que en otros ha sabido conquistar y mantener de forma verdaderamente ejemplar.

Carlos MELON INFANTE

(34) BARASSI, ob. cit., pág. 206; AZZARITI, MARTÍNEZ, AZZARITI, ob. cit., pág. 888; MESSINGHO, ob. cit., pág. 142; TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 4.ª ed. Padova, 1948, pág. 243.

(35) La doctrina, con referencia al hijo natural, discute si esto supone o no una verdadera posesión de estado. PLANIOL-RIPERT, ob. cit., pág. 510; SAVATIER, ob. cit., pág. 223; BONNECASE, ob. cit. pág. 607.

(36) En este se considera como hecho sintomático de la posesión de estado: «Que el padre le haya tratado como a un hijo suyo y haya provisto, en esta cualidad, el mantenimiento, educación o colocación del mismo».

(37) ROYO MARTÍNEZ, ob. cit., págs. 277 y 278; IDEM, pág. 253; FIG PEÑA, ob. cit., páginas 45 y 47 y sigs.; DE DIEGO, ob. cit., págs. 522-524; SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., páginas 1003 y 1034 y sigs.

UN CASO DUDOSO DE ARRENDAMIENTO.—CONCEPTO
Y REQUISITOS DE LA NOVACION

SENTENCIA 1 DICIEMBRE 1951

División de cosa común—aplazamiento retribuido de la entrega a un comunero de cosa a él adjudicada.

No constituye arrendamiento si no era ésta la intención de las partes.

Novación—concepto—requisitos.

La novación es el cambio o sustitución de una relación obligatoria por otra con ánimo de modificar o extinguir esencialmente la primera, siendo sus requisitos esenciales una obligación preexistente, la creación de otra nueva, la disparidad entre ambas y la voluntad de llevar a cabo la sustitución animus novandi. La novación nunca se presume.

Apreciación de hecho de la Sala de instancia—desarticulación de elementos probatorios.

No es lícito impugnar tal apreciación desarticulando los distintos elementos probatorios, para interpretarlos en forma distinta a como los interpretó la Sala al considerarlos en su relación armónica.

Valoración de la prueba testifical—su impugnación en casación.

El art. 1.248 C. c. tiene un carácter meramente admonitivo y su infracción no es denunciable en casación.

ANTECEDENTES.—Muerto don P. C. B., los bienes inmuebles que dejó permanecieron indivisos entre sus hijos C. y G. C. R., por acuerdo de los mismos, hasta que, fallecido don G. C. R., sus hijos y herederos, don F., doña M. y doña I. C. H., convinieron con don C. C. R., la división de las cosas comunes en la siguiente forma: inventariadas y tasadas dichas cosas, se harían dos lotes, sorteándose entre ambas partes, y en el plazo de treinta días a partir del sorteo se otorgaría la escritura de división, «entrando cada copartícipe en el pleno y exclusivo dominio, goce, administración y posesión de hecho de los bienes que respectivamente le correspondieran, sin que por ninguno de los interesados pudiera impedirse a otro u otros la libre contratación, ocupación de hecho o tenencia material de los que le hubieran sido adjudicados». Como excepción a esta cláusula se estableció que si correspondía a los hermanos C. H. una casita en T., que ocupaba don C. C. R. y en la que tenía establecido un negocio, podría dicho señor seguir ocupándola durante dos años, pagando por ello la

misma cantidad que entonces abonaba (202,50 pesetas mensuales); transcurridos estos dos años podría seguir ocupándola durante otros dos satisfaciendo una cantidad máxima de 20 pesetas diarias, rebajable por acuerdo de ambas partes, y pasado el nuevo plazo, podría continuar la ocupación en las condiciones que ambas partes pactaran, y si no se ponían de acuerdo, habría de entregarla a los adjudicatarios. Realizado el sorteo, correspondió la casa en cuestión a los hermanos C. H.; se otorgó la escritura de división y entró en efectividad la cláusula citada. Posteriormente, a ruego de don C. C. R., doña T. C. H., única dueña ya de la casa por haber heredado a sus hermanos fallecidos, arrendó una parte de la misma a un tal Sr. C., rebajándose la renta que éste pagaba de la cantidad que abonaba don C. C. R. Transcurridos cuatro años desde la división, continuó dicho don C. C. R. ocupando la casa en las mismas condiciones pactadas para el segundo periodo y sin que se llegara a ningún acuerdo sobre las condiciones en que podría seguir la ocupación. Muerto don C. C. R., parece ser que continuó como único dueño del negocio y ocupante de la casa su hijo político don J. G. A., a cuyo ruego el apoderado de doña T. C. H. pasaba los recibos mensuales a nombre de «Hijo Sucesor de C. C. R.». Doña T. C. H. de mandó a los hijos y herederos de don C. C. R. para que le entregaran la posesión de la casa, alegando éstos que la relación existente era de arrendamiento, por lo que se imponía la admisión de la prórroga forzosa del mismo. En ambas instancias se estimó la demanda. Los demandados interpusieron recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Interpretación errónea de los arts. 1.281 y 1.282, e inaplicación de los 1.542, 1.543, 1.544 y 1.580 del Código civil, del decreto de 30 de enero de 1930 y de doctrina legal: la entrega de una cosa para su uso a cambio de una cantidad pagada periódicamente es arrendamiento. Así había que interpretar lo convenido: luego se imponía la prórroga obligatoria.

2.º Inaplicación de los arts. 1.156, 1.203 y 1.204 del Código civil: el arrendamiento quedó novado al transcurrir el plazo y seguir la ocupación, al arrendarse parte de la cosa a un tercero con la correspondiente rebaja de renta al primitivo arrendatario y al cambiar la persona de éste según resulta del cambio de nombre en los recibos girados.

3.º Error de Derecho en la apreciación de la prueba con infracción de los artículos 1.231, 1.232 y 1.233 del Código civil, 1.218 C. c. en relación con los 596, núm. 3.º, y 507 I.E.C. y 1.225 y 1.226 C. c. y del 1.248 C. c. en relación con el 630 I.E.C.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto resulta plenamente justificada la finalidad que las partes mencionadas persiguieron al celebrar el contrato que tuvo expresión en el acto de conciliación primero, y que se ratificó después por la escritura aludida, finalidad que no fué otra que la de hacer cesar el estado de indivisión en que se contenían los bienes inmuebles relictos por el fallecimiento de don P. C. B., entre sus causahabientes, estableciéndose no solamente la manera en que tales bienes habrían de ser divididos y adjudicados sino determinándose el momento en que los copartícipes habrían de entrar en la posesión de hecho de los mismos, momento que si para todos aquellos bienes en general fué el del otor

gamiento de la escritura de división, para el de la repetida casa, en el supuesto que en dicha escritura se consideraba, se estableció señalándose un plazo en la forma que ha quedado expresada, sin que de los términos del contrato pueda inferirse que las partes respectivas quisieran otorgar el arrendamiento de la expresada casa a don C. C., por el hecho de que se le concediera la facultad de seguir usándola por un plazo determinado y por que esta cesión fuera retribuida, porque tal retribución no podía considerarse como el precio de un arrendamiento cuya constitución era enteramente ajena a la voluntad de las partes, sino como una compensación que se otorgaba por el aplazamiento de la entrega de la casa a sus legítimos propietarios, por todo lo cual la Sala sentenciadora interpreta acertadamente los arts. 1.281 y 1.282 del Código Civil y no infringe por falta de aplicación los preceptos relativos al contrato de arrendamiento citados en el primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que la novación es el cambio o sustitución de una relación obligatoria por otra con ánimo de extinguir o modificar esencialmente la primera siendo sus requisitos esenciales, una obligación preexistente, la creación de otra nueva, la disparidad entre ambas y la voluntad de llevar a cabo la sustitución (*animus novandi*), y al tratar de aplicar estos principios a los hechos que el recurrente estima como constitutivos de una novación se impone declarar que el haber seguido usando y disfrutando don C. C. la mencionada casa después de vencido el plazo que para ello se le concedió en el contrato de división de los bienes expresados, no revela otra cosa sino la tolerancia de la parte propietaria del inmueble al no exigir que ésta se dejara a su disposición inmediatamente después de vencido el plazo aludido, si las partes no convenían otra cosa como era lo acordado, pero no demuestra la existencia de la voluntad de novar que hubiera sido precisa para sustituir la obligación existente—otorgamiento de un plazo para la entrega de una finca por otra—, arrendamiento de esa misma finca, por lo que falta tal requisito, esencial de la novación, que tampoco puede estimarse que se dió por el hecho de haber sido arrendada una parte de dicha casa a don P. C., porque tal arrendamiento se otorgó con el consentimiento de don C. C., a quien favorecía que C. dejase el solar en que aquél se proponía construir y ocupara la casa aludida y el acto de recibir doña T. C. dicha parte de casa para arrendársela a C., no implica su renuncia a exigir de don C. C. la entrega del resto de la finca que es lo que solicita en su demanda como cumplimiento parcial de la relación jurídica establecida y tampoco constituye novación el que algunos recibos que primeramente fueron extendidos a nombre de don C. C., se extendieron después a nombre de quien figuraba en el comercio como su hijo y sucesor, porque sobre que tales recibos fueron extendidos por un administrador de quien no consta que tuviera poderes para novar una obligación constituida por su mandante, la novación nunca se presume, como la jurisprudencia de esta Sala ha declarado reiteradamente y es preciso para que exista o bien que se declare expresamente o que resulte con toda claridad en los términos del acto que se considera novatorio, lo que no resulta del señalado por el recurrente.

CONSIDERANDO: Que el tercer motivo del recurso se funda en el error de derecho en la operación de las pruebas de confesión, documentos y testigos por haberse infringido por la sentencia recurrida según el recurrente las normas que cita, relativas a la valoración de tales pruebas, pero como la declaración funda-

mental de dicha sentencia es que entre los litigantes no existió ningún contrato de arrendamiento sobre en la cosa en cuestión y a esta conclusión llega la Sala sentenciadora, por el resultado que la prueba en conjunto ofrece, *no es lícito impugnar tal apreciación desarticulando los distintos elementos probatorios, como hace el recurrente, para interpretarlos en forma distinta a como los interpretó la Sala al considerarlos en su relación armónica*, pues así lo ha venido proclamando reiteradamente la jurisprudencia de este Tribunal, siendo de advertir por lo que a la prueba testifical se refiere que el art. 1.248 del Código Civil que se cita como infringido tiene un carácter meramente admonitivo y su infracción no es denunciabile en casación.

FALLO.—No ha lugar.

COMENTARIO

Las dos cuestiones enunciadas en el epígrafe de esta nota son las de más interés que plantea la sentencia comentada:

I. Contemplando detenidamente el caso planteado y los Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo, se llega a obtener una sensación de extrañeza ante el hecho de que se concluya que allí no había un arrendamiento. Pero a nuestro juicio, una ulterior meditación del asunto con una mayor flexibilidad de criterios técnicos conduce a estimar totalmente exacta la solución del Tribunal Supremo al caso litigioso. Posiblemente la mejor forma de justificar esto sea intentar seguir la referida línea de pensamiento:

A) El supuesto litigioso nos ofrece un convenio en virtud del cual una de las partes concede a la otra la facultad de ocupar y usar durante plazo determinado un inmueble urbano propiedad de la primera (más exactamente, le ofrece la facultad para el caso de que dicho inmueble llegue a ser propiedad exclusiva del concedente; pero, puesto que tal evento se convirtió en realidad, el caso es igual), y la segunda se obliga a abonarle, si hace uso de tal facultad, una determinada cantidad mensual. Resulta evidente que lo que aquí se da es un contrato de opción, puesto que la persona a quien se concede la facultad no se obliga sino para el caso de que haga uso de ella; pero puesto que tal facultad se ejercitó, no cabe duda de que se perfeccionó el contrato definitivo que el de opción preparaba y a él hemos de atenernos para calificarlo. Confrontando su contenido con la definición que del arrendamiento de cosas da el art. 1.543 del Código civil, parece evidente la identidad en lo sustancial. Para confirmarla, basta seguir la vía de examinar las posibles objeciones que cabría oponerle, explícitas unas y latentes otras en los Considerandos de la Sentencia comentada:

a) El supuesto arrendador no se obliga «a dar el goce o uso (en este caso el uso) de una cosa», sino que concede el aplazamiento de la entrega de esa cosa, cuya propiedad exclusiva había adquirido y que estaba en posesión del supuesto arrendatario. Pero hay que tener en cuenta: 1.º Que dar el goce o uso no quiere decir en el art. 1.543 entregar la cosa, sino proporcionar o mantener, durante todo el tiempo de vigencia del arrendamiento, al arrendatario, en la posibilidad de usar o gozar de la cosa. La obligación de entrega, establecida aparte en el art. 1.554. 1.º, es sólo un medio para alcanzar la finalidad del arrendamiento, medio que razones indiscutibles de lógica jurídica hacen inne-

cesario cuando por cualquier título el arrendamiento ya estaba en posesión de la cosa. Mas esencial es la obligación de entrega en la compraventa (arts. 1.445 y 1.461) y, sin embargo, se prescinde de ella, en su sentido de transferencia de posesión, cuando el comprador ya tenía de antemano esta posesión (art. 1.463, *in fine*); entonces hay un mero acuerdo cuyo efecto es cambiar el título y concepto de la posesión. Igual sucederá en el arrendamiento, con la especialidad de que en nuestro caso no hay cambio, sino prórroga de ese título y ese concepto. 2.º La facultad que se concede al presunto arrendatario de «seguir ocupando» la cosa lleva implícita, a nuestro juicio, la obligación de mantenerle en esa ocupación y en el uso consiguiente en la medida preceptuada por la Ley para el arrendamiento. No cabe olvidar que no es una situación de precario, sino que hay una clara vinculación del dueño de la cosa, al que se otorga una retribución. Aun planteando el problema previamente a la calificación del contrato como arrendamiento, la simple aplicación de las normas procedentes del uso y de la buena fe (art. 1.258) llevaría a la consecuencia dicha.

b) La voluntad de las partes no fué en modo alguno pactar un arrendamiento. Ahora bien, ¿qué alcance tiene la voluntad calificadora de las partes? Parece evidente que muy escaso. Basta que quieran lo que es esencia de un contrato para que tal contrato quede establecido, aunque no expresen ni conozcan el nombre de dicho contrato ni aquellas consecuencias ulteriores que, según el art. 1.258 del Código civil, vienen impuestas por la buena fe, el uso y la Ley. Lo esencial es el consentimiento sobre la causa, que, en términos generales, es el primordial elemento tipificador del contrato. Aplicando estas ideas a nuestro caso, encontramos que sí, como creemos haber demostrado, las partes consintieron en un contrato cuya causa objetiva fuese el intercambio, durante tiempo determinado, del uso de una cosa por un precio, el resultado es que pactaron un arrendamiento aunque no fuera su voluntad considerar, o que se considerase, como arrendamiento el contrato celebrado.

c) El pacto celebrado no es un contrato independiente, sino que viene integrado en la división de las cosas comunes, como simple modalidad accesoria de la misma, o como regulación del cumplimiento de las obligaciones dimanantes de ella. La relación del convenio celebrado con la división es un factor que hay que tener en cuenta, y más adelante lo haremos; pero su trascendencia no llega a la fusión de todos los elementos en un contrato único. La independencia causal es decisiva. El intercambio de uso por el precio a que antes hicimos referencia constituye una combinación causal que se agota en sí misma, sin que quepa fundir esta causa con la de la división, que es totalmente distinta y ajena (1).

B) De lo dicho resulta que el único cauce técnico para encuadrar la situación existente es el del arrendamiento. Pero intentando matizar más, se advierte que en todo el anterior análisis nos hemos tropezado constantemente con la situación anterior a la división y con la trascendencia que ésta pudo tener sobre aquélla. Es preciso, por tanto, ocuparse un poco de estas cuestiones. ¿Qué había antes de la división? Aunque la Sentencia no nos aclara mucho en este sentido, parece ser que existía un convenio en virtud del cual uno de los comuneros

(1) Sobre este tema de la causa como primordial elemento individualizador del contrato, nos hemos ocupado en el comentario a la S. T. S. de 5 de junio de 1951, publicado en este mismo fascículo.

tenía el uso exclusivo de una cosa común a cambio de satisfacer al otro una determinada cantidad mensual. Aplicando algunos de los razonamientos hechos en el apartado A), es fácil concluir que se trata de un arrendamiento. No hay inconveniente en admitir que un comunero sea al mismo tiempo arrendatario de la cosa común (2). El art. 394 del Código civil establece las limitaciones al uso de la cosa por cada condueño y el Tribunal Supremo ha sancionado la prohibición de que un comunero se atribuya el uso exclusivo de la cosa común (3). Hay, por tanto, una modificación convencional del régimen ordinario del condominio. Podría pensarse que se trata simplemente de una regulación convencional, al amparo del art. 392, del disfrute y aprovechamiento de la cosa. Pero, como cree Brugi (4), no es esto incompatible con la idea de que existe un arrendamiento; éste constituye la vía que se escoge para regular el aprovechamiento. La Dirección general de los Registros ha sostenido (5) que el arrendamiento (a un extraño en los casos contemplados) es una forma de aprovechamiento de la propiedad y ha de ser estimado como uno de los medios de disfrute a que se refiere el art. 398 del Código civil. Parece que no debe adoptarse solución contraria cuando el arrendatario es un comunero. Lo que sucede en este caso es que al reunir en sí el comunero-arrendatario ambas posiciones jurídicas, éstas se matizan mutuamente, influyendo de modo decisivo la concurrencia de ambas en el régimen de cada relación jurídica (6). Se trata de un arrendamiento que se desarrolla en el seno de una comunidad, entre comuneros, en cuanto tales. La relación arrendaticia depende en cierto modo de la de comunidad al ser el cauce técnico adoptado para regular el aprovechamiento de la cosa común. Se trata, en definitiva, de un arrendamiento especialísimo.

C) Parece, en principio, que la división de las cosas comunes (7), con la

(2) Así lo admiten los pocos autores que, entre los consultados, se ocupan del problema: así BRUGI, *Locazione conduzione fra comproprietarii della cosa*, en «Studi in onore di VITTORIO SCIALOJA», Milán, 1905, II, págs. 139-146, donde cita la opinión en el mismo sentido de LAURENT; y FUBINI, *El contrato de arrendamiento de cosas*, trad. esp. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Madrid, 1930, pág. 229. Dicha solución fue también la del *Derecho Romano*: comp. D. 19.2.35.1, donde contempla especialmente el caso de que los comuneros tengan en arrendamiento el fundo por años alternos.

(3) Sentencias de 22 de junio de 1892 y 27 de noviembre de 1923.

(4) Loc. cit.: contra, FUBINI, loc. cit., que sostiene que el comunero-arrendatario es, en cuanto arrendatario, un extraño a la comunidad como otro arrendatario cualquiera y actúa, no un interés de la comunidad, sino un interés exclusivamente propio; parece preferible la opinión de BRUGI; la separación entre las cualidades de arrendatario y comunero, sin admitir una influencia recíproca que las matiza y modifica, resulta excesivamente simplista y poco conforme con la naturaleza de las cosas.

(5) Resoluciones de 29 de mayo de 1906 y 26 de abril de 1907.

(6) BRUGI, loc. cit., expone varias consecuencias de esta concurrencia; tiene especial interés que en tal sentido el citado autor estime que el arrendamiento lleva implícito el pacto de mantener indivisa la cosa durante el tiempo de vigencia del mismo. El explica esto por ser el arrendamiento una forma de aprovechamiento de la cosa común; en efecto, dividida la cosa, el arrendamiento cambiaría de sentido por completo, idea esta última que, aún no expresada por BRUGI, está latente en su tesis y que es la que nos interesa retener para la argumentación ulterior.

(7) Parece que la situación anterior no era de comunidad hereditaria, aunque éste fuera su origen; debió haber una adjudicación pro indiviso de una parte de los bienes hereditarios, que, como es natural, conduciría a la formación de una serie de comunidades ordinarias, una sobre cada cosa; sobre esta base, es evidente que la división en la forma que se hizo no es una pura división de cosa común, puesto que ésta debía afectar, no al conjunto de cosas comunes, sino a cada una en particular: lo que hay es una división

adjudicación de la cosa arrendada a comunero distinto del arrendatario, unido todo ello al pacto de que continúe la situación anterior, debe producir una gran alteración en la relación arrendaticia. El arrendatario pierde su carácter de comunero y en principio cesa aquella mutua influencia entre las dos relaciones jurídicas. Parece, pues, que se debe pasar de aquel arrendamiento especialísimo, que se desenvolvía en el seno de la comunidad como medio de aprovechamiento común de la cosa a un arrendamiento normal. Pero lo que aquí sucede es distinto: la nueva fase de la relación se configura con un clarísimo carácter transitorio, que sólo habría de desaparecer si transcurridos los cuatro años se llegaba a nuevo acuerdo entre las partes sobre las condiciones de una situación más estable. Esta transitoriedad da a nuestro juicio todo su valor al camino seguido: simple aplazamiento de la entrega de la cosa. El arrendamiento normal habría supuesto una profunda transformación de la situación interna para la que probablemente hubiera sido preciso un nuevo acuerdo expreso, sin bastar la prórroga tácita o forzosa. El acuerdo expreso se ha dado, pero con otro sentido: no el de crear un arrendamiento nuevo independiente de la anterior situación de comunidad, sino con el de prolongar transitoriamente la situación anterior con su mismo significado: el arrendatario deja de ser comunero, pero si sigue siendo arrendatario es en cuanto que fué comunero; su posición jurídica sigue matizada por la relación de comunidad, depende en cierto modo de ella.

Creemos que las anteriores consideraciones bastan para privar de base a todo intento de aplicación a la situación existente de las normas sobre prórroga forzosa, aun tratándose de un arrendamiento. En otras ocasiones, el T. S., con muy buen criterio, ha estimado suficiente el carácter especial de un arrendamiento para excluir dicha aplicación, aludiendo al carácter atrayente de la Legislación común respecto de los casos mixtos, especiales o dudosos (8). En nuestro supuesto hay más, hay una fuerte especialidad, consistente precisamente en la transitoriedad intrínseca de la situación, derivada, no exclusivamente de la voluntad de las partes, sino primordialmente de su propia naturaleza. Sin embargo, en este caso el T. S. ha preferido seguir el camino de negar la naturaleza arrendaticia de la situación. Pero su fallo debe ser entendido, a nuestro juicio, en la misma línea de aquellos que excluyen determinados arrendamientos urbanos, por sus especiales características, del régimen de la prórroga forzosa, limitando la aplicación de la Legislación especial a un ámbito que responda a lo que debe ser su espíritu: la protección del arrendatario normal, no de aquel cuya situación viene matizada por especiales circunstancias que pugnan esencialmente con la imposición de la prórroga forzosa.

II. Habida cuenta de la transitoriedad intrínseca a la situación arrendaticia existente después de la división, resulta claro el interés del recurrente por de-

trasiativa, en último término una especie de permuta de cuotas. A nuestro objeto, sin embargo, la distinción parece que no tiene trascendencia.

(8) V. Sentencias de 21 y 25 de abril de 1961, publicadas en este ANUARIO, IV-4, 1961, págs. 1666 y 1663. La de 21 de abril se refiere a un caso de arrendamiento mixto de industria y local de negocio. La de 25 de abril a un arrendamiento de local mezclado con un arrendamiento de obra, pero en ella parece que lo decisivo no es meramente el carácter complejo del arrendamiento, sino la injusticia a que, por la especial configuración del negocio llevaría la aplicación de la prórroga forzosa.

mostrar que dicha situación se había novado, novación que podía haberle dado un carácter más estable. Para impugnar este otro aspecto del recurso, el T. S. da una definición de la novación, en la que, aun sin aplicación directa, al caso, sigue la línea de la Jurisprudencia anterior respecto de la posibilidad de una novación meramente modificativa (9); señala también los requisitos de la novación, insistiendo sobre el *animus novandi* y el principio de la no presunción de la novación, con lo que tampoco aporta nada nuevo (10). Como consecuencia de todo ello, desecha la argumentación del recurrente, haciendo ver, con razones evidentes que no parece necesario comentar, que los pretendidos hechos constitutivos de novación no podían tener este significado.

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ
Notario.

2. Sentencias anotadas

RECONOCIMIENTO FORZOSO DE HIJO NATURAL.—POSESION DE ESTADO

SENTENCIA 26 ABRIL 1951 (*)

I. La sentencia comentada, insistiendo, en cuanto a la doctrina sentada, en la línea constante de sentencias anteriores, viene a concretarla y a determinar su alcance en varios puntos de interés. Las afirmaciones básicas en las que reitera la doctrina anterior son: 1.º La de que los preceptos legales que regulan el reconocimiento forzoso de hijos naturales son de interpretación estricta (así también las S. S. de 25 de febrero y 17 de junio de 1927 y 16 de enero de 1928). 2.º La que tiende a establecer la distinción entre los actos que hagan presumir o revelen el convencimiento del padre sobre su paternidad natural y los que determinan la posesión de estado (S. S. de 5 de julio de 1906, 12 de octubre de 1907, 16 de junio de 1917, 24 de enero de 1920, 26 de mayo de 1920, 19 de enero de 1927, 2 de marzo de 1929, 33 de julio y 28 de noviembre de 1941 y 3 de julio de 1945). La concreción de estos principios en el caso especial de la sentencia referida puede resumirse en estos tres puntos: 1.º La posesión de estado se ha de ostentar ante la esfera social a que pertenezca el presunto padre, no bastando, por tanto, los actos realizados en el círculo, más restringido y de inferior nivel social, al que pertenezca la madre. 2.º Las atenciones y trato del padre hacia el presunto hijo han de guardar, en el aspecto económico, un cierto equilibrio con la fortuna de dicho padre. 3.º La cesación

(9) Puede verse recogida la más reciente Jurisprudencia en este sentido en CASTÁN, *Derecho Civil español común y foral* (Notarías), 7.ª ed., III, 1951, págs. 283-284.

(10) *Comp. Sentencias de 15 de octubre de 1907, 12 de marzo de 1927, 24 de marzo de 1931, 7 de abril de 1933, 30 de diciembre de 1935, 31 de diciembre de 1941 y 9 de febrero de 1945.*

(*) Puede verse en este ANUARIO, IV-4, 1951, pág. 1688.

ulterior de los actos en los que se pretende fundar la posesión de estado, al menos la producida sin oposición del presunto padre, desvirtúa la posible eficacia de los mismos.

Aun cuando el Tribunal Supremo haya procurado, en su función creadora de doctrina legal, dar directrices jurídicas orientadoras en la difícil materia del reconocimiento forzoso de hijos naturales, no cabe olvidar que se trata de una cuestión tan ligada en cada caso a los hechos constitutivos del mismo que sólo muy limitadamente es posible dar a dichas directrices un valor general. En tal sentido creemos que hay que entender la doctrina anteriormente sentada. En efecto: a) En cuanto a la interpretación estricta de las normas sobre reconocimiento de hijos naturales, consideramos bien definidas sus finalidades tal como las señala la sentencia comentada al decir que dicho principio viene impuesto «por afectar la filiación natural al estado civil de las personas, tener positiva trascendencia lo mismo en el orden moral y familiar que en el social y económico y obrar *in rem contra omnes*». Las finalidades que de aquí se deducen —y en especial la derivada del carácter básico y trascendental del estado civil, lo que impone una extremada vigilancia de los Tribunales— deben marcar el límite de aplicación del principio de interpretación estricta, que en modo alguno debe significar prevención contra el reconocimiento forzoso en sí mismo, ni primacía del principio de protección contra reclamaciones injustificadas o malévolas sobre el no menos evidente de que cada persona debe obtener el estado civil que le corresponda con arreglo a la Ley y a la realidad de los hechos (1).

b) La distinción entre convencimiento de paternidad y voluntad de reconocimiento expreso (escrito indubitado, o inferido de una determinada conducta (posesión de estado) puede entenderse implícita en el art. 135 del Código civil: pero su aplicación en cuanto a la posesión de estado debe tener también un límite: la voluntad exigida debe referirse más bien a la conducta seguida respecto del hijo (voluntad de que el concepto en que públicamente se trata al presunto hijo sea el de hijo natural) que a la publicidad o fama (voluntad de que los demás consideren a aquella persona como hijo natural del que realiza los actos) o a la trascendencia ulterior de la conducta (voluntad de crear una posesión de estado con los efectos especiales que le asigna el art. 135 del Código civil).

c) La consideración referente a la esfera social en que ha de desenvolverse la actividad constitutiva de la posesión de estado no creemos que pueda entenderse en sentido absoluto, sino como mero índice de una mayor o menor publicidad: es decir, la determinación del grado de publicidad suficiente debe considerarse como una cuestión a resolver caso por caso, sobre la base de elementos diversos, entre los que puede contarse el referido de la esfera social, pero sin sujetarse nunca a criterios absolutos de esta índole. En todo caso, no hay que perder de vista la idea de normalidad de la conducta en relación al estado civil de que se trata y a los usos y concepciones sociales dominantes, lo que impide exigir una ostensibilidad incompatible con el natural pudor de un hombre normal (2).

(1) Una ponderada versión del principio de interpretación estricta puede verse en la sentencia de 3 de julio de 1945. En varias modernas sentencias parece aligerarse el principio, aun sin aludirlo expresamente: así en las de 22 de enero y 2 de febrero de 1945.

(2) Las sentencias de 26 de junio de 1903 y 24 de marzo de 1927 señalan que no es preciso que los actos se realicen tan ostentosamente como si se tratara de un hijo legítimo.

d) Algo análogo cabe decir del criterio obtenido del volumen económico de las atenciones prestadas en relación a la fortuna personal del que las presta: puede utilizarse como uno de los posibles elementos a tener en cuenta para determinar el concepto en que dichas atenciones se prestan, pero nunca para que la posible tacañería del presunto padre desvirtúe la claridad que sobre dicho concepto puedan arrojar otros elementos de juicio.

e) En cuanto a la cesación de la conducta que pueda determinar la posesión de estado, entendemos que es posible su utilización como criterio contrario a la continuidad necesaria para tal posesión, pero no como posibilidad de revocación de un estado conferido mediante una posesión suficientemente continuada (3).

Respecto de estos tres últimos criterios, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo los utiliza conjuntamente y sin hacer declaraciones de índole general sobre ninguno de ellos. No tratamos de impugnar la justicia del fallo comentado, aunque creemos que supone un límite de severidad que no debe ser sobrepasado. Lo que hemos tratado de esclarecer es la necesidad de atender en cada caso a las circunstancias de hecho del mismo y a su prudente ponderación, sin generalizar criterios ni dar eficacia ilimitada a principios que tienen en su misma finalidad el límite de sus posibilidades de aplicación.

II. Otra declaración importante de esta sentencia es la relativa a la inescindibilidad y al carácter absoluto del estado civil. En este caso concreto, el principio formulado podría expresarse diciendo que en cuestiones relativas al estado civil la no producción de cosa juzgada formal respecto a alguno de los vencidos impide su producción respecto a los demás (4). En cierto modo, y salvando la distancia entre la cosa juzgada formal y la material, el principio podría parecer contrario al del art. 1.252 del Código civil; pero en el fondo el fundamento es el mismo: la imposibilidad de que haya simultáneamente vigentes respecto de distintas personas fallos de diferente contenido sobre un determinado estado civil de alguien. La posición de la sentencia comentada tiene también como base la indisponibilidad del estado civil (arts. 1.814 y 1.237 del Código civil, entre otros preceptos).

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ
Notario.

(3) La sentencia de 3 de julio de 1945 se refiere a un caso en que el padre, después de un período de ausencia, se negó a reanudar la asistencia que había pre-tado anteriormente; el Tribunal Supremo impone el reconocimiento forzoso.

(4) Si el Ministerio Fiscal impugna la sentencia, no se produce cosa juzgada formal respecto de ninguno de los vencidos.

NULLIDAD DE TESTAMENTO ABIERTO, POR FALTA DE FIRMA
DEL TESTADOR

SENTENCIA 4 ENERO 1952

**Testamento abierto—nulidad: por falsedad de la afirmación del testador
de no saber firmar.**

Si se acredita que la manifestación en virtud de la cual firmó el testigo es inexacta, la falta de la firma del testador sabiendo éste firmar, supone el quebrantamiento de una formalidad legal tan esencial como la suscripción del documento por aquel que lo otorga.

ANTECEDENTES Y MOTIVOS.—V. los Considerandos, donde aparecen recogidos en lo esencial (1).

CONSIDERANDO: Que son hechos fundamentales establecidos en la sentencia de instancia que don M. L. R. falleció en S. el 22 de abril de 1941, habiendo otorgado en 18 de marzo anterior, en su domicilio de C., un testamento abierto, en el que legaba a su hijo M. L. S. el tercio de mejora y el de libre disposición, instituyendo herederos de sus bienes en lo demás a todos sus hijos legítimos y determinando en dicho testamento los bienes de la herencia en que habían de satisfacerse los dos tercios citados y que en el expresado instrumento público se hacía constar que el testador no firmaba por manifestar no sabía hacerlo, verificándolo por ello un testigo a su ruego, de lo que daba fe el Notario, y que sin embargo de esto, tal manifestación resultaba del todo falsa, puesto que el testador había suscrito con su firma diferentes documentos, entre ellos dos actos del Registro Civil en 1895 y 1896 y una escritura de compra de una finca en 1919.

CONSIDERANDO: Que sobre estas bases de hecho la sentencia declara la nulidad del expresado testamento, por falta del requisito esencial de la firma del testador y contra ella se formula el presente recurso, en cuyo primer motivo, al amparo del número 1.º del artículo 1.692, se alega la infracción por interpretación errónea de los artículos 687 y 695 del Código civil, así como de la jurisprudencia de este Tribunal que cita en el recurso, por entender que es indiferente en el caso que el testador no pueda o no sepa firmar, ya que basta su simple manifestación de encontrarse en uno o en otro caso para que suscriba el testamento un testigo a su ruego, dando de ello fe el Notario autorizante, que asevera por otra parte su capacidad y libre manifestación de voluntad.

CONSIDERANDO: Que el artículo 687 citado dispone que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en las diversas Secciones del Capítulo en que cada artículo se halle, y como el artículo 695 inserto en la Sección 5.ª del capítulo

(1) La sentencia recurrida, dictada en 22 de febrero de 1947, por la Audiencia de La Coruña, aparece recogida en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1-2, 1948, págs. 731 y sigs., con comentarios de ARMANDO LOSADA, en el que impugna el criterio de dicha sentencia, recogido ahora por el Tribunal Supremo.

en cuestión prescribe que el testamento será firmado por el testador y los testigos que puedan hacerlo, y que si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos instrumentales u otra persona, dando de ello fe al Notario, es evidente que la intervención de este testigo para autorizar el testamento por el testador no puede tener lugar eficazmente más que en el caso de que éste no sepa o no pueda firmar, por donde *si se acredita que la manifestación en virtud de la cual firmó el testigo es inexacta, la falta de la firma del testador sabiendo éste firmar supone el quebrantamiento de una formalidad legal tan esencial como la suscripción del documento por aquel que lo otorga*, y si bien es verdad que en algunos casos, con arreglo a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en sentencias que se invocan por el recurrente se ha suavizado el estricto rigorismo de la Ley por modo muy excepcional, en casos que no puede reputarse idénticos al presente, también lo es que en sentencia de 10 de julio de 1944, entre otras, este mismo Tribunal ha reconocido la necesidad de que las referidas formalidades sean observadas como garantía de la realidad del testamento, dada la trascendencia jurídica de este acto.

CONSIDERANDO: Que a mayor abundamiento, como se dice en uno de los Considerandos de la sentencia recurrida, la tesis contraria conduciría al absurdo de que basta esa manifestación inexacta del testador de no saber firmar y el cumplimiento formal de suplir su falta de firma con la de otra persona y la fe notarial, que sólo puede entenderse a las manifestaciones del testador para reputar perfecto el acto consignado como acto de última voluntad lo que por voluntad consciente del mismo no fué ratificado y sancionado con su firma, acaso por no ser su deseo disponer de sus bienes en la forma que en el testamento aparece, que es precisamente lo que la Ley trata de evitar exigiendo el cumplimiento de determinadas formalidades, entre las cuales y no de menos rango figura la firma del testador, procediendo por ello la desestimación del recurso, sin que sea preciso entrar en el examen del segundo referido a los preceptos que se citan de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, derogada en este punto indudablemente por el Código civil.

FALLO.—No ha lugar.

COMENTARIO

El Tribunal Supremo, en una abundante jurisprudencia sobre los requisitos de forma del testamento, ha tenido que buscar el justo medio entre las dos posibilidades extremas de considerar motivo de nulidad cualquier omisión o irregularidad respecto del rígido esquema formal establecido por la Ley, lo que hubiera conducido a la injusticia de dejar muchas veces incumplida la voluntad del testador manifestada con suficientes garantías, o adoptar un criterio amplio que podía desvirtuar el especial significado que el legislador ha querido dar a la forma del testamento. Ese justo medio, manifestado de una manera casuística, puede, en general, reconducirse a la idea directriz de dar a cada requisito formal el especial significado que deriva de su función específica y de la finalidad legal, no un valor sacramental incompatible con las modernas

concepciones sobre la forma (2). Teniendo en cuenta esto, hay que analizar la posible trascendencia de la infracción formal existente en el supuesto contemplado por la sentencia comentada: omisión de la firma del testador en virtud de una falsa declaración de no saber firmar, firmando en consecuencia, según lo dispuesto en el art. 695 C. c., un testigo a su ruego. Hay que tener en cuenta que lo que se estimó probado es que el testador sabía firmar, no que fuera falsa la declaración del Notario de que había rogado al testigo que firmara en su nombre.

Para determinar la trascendencia referida hay que aludir ligeramente al significado de la firma del testador en el testamento abierto: es preciso recordar que el testamento abierto procede históricamente del testamento nuncupativo romano, concretamente de la forma oral del testamento *tripartitum* Justiniano, a través de su versión de la Partida 6, tit. I, L. 1.ª, apareciendo la intervención notarial como compensación de la disminución del número de testigos en la L. 1.ª, tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá. El testamento abierto ha mantenido siempre cierta independencia respecto de los demás instrumentos públicos, y en tal sentido aun hoy recuerda su origen en que se sigue centrando la prestación de consentimiento del testador, el hacer suyo el contenido del documento, en la manifestación verbal del mismo de conformidad a la lectura del Notario, siendo requisito esencial, según el T. S., que esta conformidad se haga constar en el mismo testamento (3). En cambio, el art. 193 del Reglamento Notarial no exige dicha constancia, viniendo a suplirla, dice Sanahuja (4), la firma de los otorgantes. Esta diferencia nos indica la diversa trascendencia de la firma en un caso y en otro: en las demás escrituras públicas, la firma de los otorgantes tiene la función de ratificación de las declaraciones que hacen en el documento; en el testamento, esta función viene en cierto modo también cumplida por la firma, pues por eso la exige la Ley, pero de una manera más secundaria, pues lo básico en tal sentido es la manifestación verbal de conformidad y la dación de fe del Notario respecto de la misma (5).

La firma es un requisito de forma, incluido como tal en el art. 695, y afectado por tanto por la norma del art. 687. Pero por ese significado secundario todo lo referente a él debe ser interpretado con cierta amplitud, máxime cuando, como en este caso, el testador rogó a un testigo que firmara en su nombre, lo que ya implica voluntad de firma, aunque sea por otro. Sin duda por esto.

(2) Sobre esta jurisprudencia, puede verse CASTÍS, *Derecho Civil (Notarias)*, IV, Madrid, 1944, págs. 392-394, y ROCA SASTRE, en las *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de Kipp*, Barcelona, 1951, I, págs. 111-114. En relación con el problema de la firma, tienen especial interés las sentencias de 21 de octubre de 1915, 1 de febrero de 1907 y 19 de enero de 1928. Las sentencias de 10 de julio de 1944 y 4 de noviembre de 1947, si bien parecen acentuar el rigorismo formal, se refieren a supuestos muy calificados y no al testamento abierto ordinario, si no al militar una y al ológrafo otra.

(3) Sentencias de 14 de julio de 1899 y 15 de noviembre de 1915.

(4) *Tratado de Derecho Notarial*, Barcelona, 1945, I, pág. 466.

(5) CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, en «*Studi di Diritto Processuale*», Padua, 1839, III, pág. 241, incluye la firma del testador en el testamento notarial en lo que llama «*sottoscrizione improprie*», ya que procede del autor de la declaración, no del autor del documento. El problema de la firma, como lo demuestra el propio CARNELUTTI en su estudio, tiene su mayor trascendencia en el documento privado, no en el público. V. también en este sentido NÚÑEZ LAGOS, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, separata de los «*Anales de la Academia Matritense del Notariado*», 1945, págs. 77-69.

el Tribunal Supremo cree necesario aludir a la posibilidad de que el no querer firmar el testador se debiera a no ser su voluntad la expresada en el testamento, insinuación que parece estar en pugna con las manifestaciones del propio testador amparadas por la fe notarial, no impugnada, y con otras consideraciones de hecho (6).

En definitiva: sin tachar de antijurídica la doctrina del T. S., pues está respaldada por los arts. 695 y 687 C. c., sí cabe considerarla incluida en una línea de rigorismo respecto de la recogida anteriormente. Creemos que cabe sentar como conclusiones moderadoras de esa doctrina: 1.º No debe regir ésta cuando no se ofrezca ninguna duda respecto de la libertad del consentimiento del testador. 2.º Si el testador afirmó que no sabía firmar, y se demuestra la falsedad de esta declaración; se mantendrá en todo caso la validez del testamento si se prueba que no podía hacerlo, lo que da base de aplicación suficiente al párrafo 2.º del art. 695 C. c. 3.º Deben procurar los Notarios, aunque no les afecte responsabilidad en casos como el presente, no proceder a la ligera en este punto, y tratar de convencer al testador de la trascendencia posible de su declaración de no saber o no poder firmar, así como deslindar claramente de cuál de estos dos supuestos (no saber o no poder) se trata, consignándolo con toda claridad, todo ello con vistas a una mayor eficacia de su intervención.

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ
Notario.

3. Sentencias

SENTENCIA 8 FEBRERO 1951

Derecho interregional—aparcería pecuaria pactada en Aragón—“lex loci executionis”.

El art. 77 del Apéndice foral de Aragón declara sometido el contrato de aparcería pecuaria a la costumbre del lugar de cumplimiento, pero estando fuera de Aragón el lugar donde ha de cumplirse el contrato, no es aplicable dicho Apéndice, cuya autoridad y eficacia no pueden extenderse a territorios que están fuera de Aragón.

Casación por incongruencia—sentencia condenatoria.

La sentencia condenatoria desestima todas las excepciones.

(6) Resulta extraño que el testador pudiera prever la trascendencia de la omisión de la firma, cuando hay que suponer que el Notario le haría constar que valía la firma del testigo a su ruego. Además, aparece probado que el testador estuvo después de testar a so las varias veces con los hijos perjudicados sin decirles nada contrario a su libertad al testar.

Casación por error de hecho—documento auténtico.

Las declaraciones de los testigos no constituyen documento auténtico y no pueden servir de base a un recurso por error de hecho en la apreciación de la prueba.

ANTECEDENTES.—Se celebró un contrato—que el T. S. califica de aparcería pecuaria—entre una persona sometida a la legislación común (hoy recurrente) y un aforado aragonés (recurrido). El lugar de celebración estaba situado en Teruel; el de cumplimiento, en la provincia de Castellón. En el contrato nada se estipuló acerca de la legislación aplicable. El recurso, alegando el art. 77 del Apéndice aragonés, pretende someter el contrato a la costumbre del lugar de cumplimiento. (Costumbre que, por otra parte, no se probará suficientemente.)

CONSIDERANDO: Que en el motivo 5.º se alegan como infringidos el artículo 1.287 del Código civil y el 77 del Apéndice foral aragonés, que hacen referencia al valor del uso o la costumbre del país, el primero para interpretar los contratos ambiguos, en general, y el segundo para entrega que un dueño de ganado hace a un aparcerero para que lo alimente y conserve hasta que sea enajenado, bajo condición de dividir los lucros en determinada proporción y, por lo que respecta a este último, como quiera que uno de los dos contratantes es aragonés y el otro sujeto a la legislación común, se impone plantear previamente la cuestión de cuál ha de ser la legislación aplicable en este caso, cuestión que el Código no resuelve, pero que está resuelta en el mismo art. 77 del Apéndice foral de Aragón, porque éste se refiere expresamente al lugar del cumplimiento, no al lugar de la celebración del contrato, y estando en este caso fuera de Aragón el lugar donde había de cumplirse el contrato según su propia finalidad, no es aplicable dicho Apéndice foral, cuya autoridad y eficacia no pueden extenderse a territorios que están fuera de Aragón, y por lo que se refiere al precepto general del art. 1.287 del Código civil, que dice que el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse, la alegación así formulada no se apoya en una base concreta, toda vez que no se precisa en este motivo cuáles son las cláusulas que faltan y hay que suplir en el contrato discutido, no se ha probado nada, según la Sala sentenciadora aprecia, sobre la existencia de la costumbre que se invoca, ni el citado artículo puede oponerse a la amplia libertad contractual que domina en esta materia en verdad especial por la variedad de modalidades que admite y por no estar delimitada en la doctrina la figura jurídica de la aparcería con la precisión y seguridad deseables.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 5 MARZO 1951

Prueba de testigos—valoración en caso de testigos tachados.

Las declaraciones de los testigos han de ser apreciadas por los Tribunales conforme a las reglas de la sana crítica, sin que dicha apreciación quede subordinada a la circunstancia de que el testigo haya sido o no tachado.

Casación por infracción de ley—desestimación por causas de inadmisión.

Las causas de inadmisión del recurso se convierten, en trámite de sentencia, en causas de desestimación.

SENTENCIA 16 MARZO 1951

Mandato—extralimitación del mandatario.

Corresponde exclusivamente al mandante acusar la extralimitación del mandatario en el uso de las facultades que se le conceden.

Documentos notariales—valor jurídico.

Los documentos notariales, que son los públicos por excelencia, acreditan inequívocamente, si contienen declaraciones de voluntad, que tales declaraciones se hicieron, pero no bastan para justificar la veracidad intrínseca de éstas, que podrá ponerse en entredicho por otros medios probatorios.

Letra de cambio—relación causal y requisitos de la aceptación.

El libramiento y la aceptación de una letra de cambio que no ha trascendido de las personas del librador-tenedor y del aceptante, tiene el carácter de contrato causal, no de índole cambiaria, que hace innecesario haber cumplido las prevenciones del artículo 447 del Código de Comercio.

SENTENCIA 28 MARZO 1951

Arrendamiento de industria—plazo—requisito de la tácita reconducción—validez de su renuncia.

La renuncia a la tácita reconducción es válida al amparo de los artículos 1.091 y 1.255 del C. C., sin que sea dable presumir el hecho de la tácita reconducción que requiere, conforme al artículo 1.566 del C. C., la

permanencia del arrendatario en el disfrute de la cosa arrendada durante quince días, la aquiescencia del arrendador y que no haya precedido requerimiento de una de las partes a la otra haciendo constar su voluntad de dar por terminado el contrato.

SENTENCIA 25 MAYO 1951

Competencia—compraventa mercantil—lugar de entrega de la cosa.

A falta de sumisión expresa o tácita y de lugar designado para el pago del precio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62, regla 1.ª, de la LEC, en concordancia con el 1.500 del C. C. y reiterada doctrina jurisprudencial, se presume, a falta de prueba en contrario, que la mercancía vendida se entrega en el lugar en que radica el establecimiento mercantil del vendedor, y allí debe ser pagado el precio.

SENTENCIA 28 MAYO 1951

Reposición bancaria—legislación aplicable.

No cabe aplicar la Ley de 30 de enero de 1940, sino la de 12 de diciembre de 1942, cuando se trate de bienes que no puedan individualizarse y distinguirse de todos los análogos.

SENTENCIA 30 MAYO 1951

Resolución del arrendamiento urbano por pérdida de la cosa—presunción de pérdida del artículo 155 de la LAU—culpa del arrendador.

De acuerdo con el artículo 155 de la LAU, procede la resolución del arrendamiento urbano por pérdida de la cosa cuando en la reparación del inmueble afectado de siniestro se hayan realizado gastos superiores al 50 por 100 del valor fiscal del mismo, no importando al respecto que los daños objeto de reparación se produjeran por culpa del propietario, en cuyo caso el inquilino únicamente tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios que puedan habersele irrogado por haber incumplido el arrendador sus obligaciones.

Resolución del arrendamiento urbano por pérdida de la cosa—presunción de pérdida del artículo 155 de la LAU.

El 50 por 100 del valor fiscal del inmueble a que alude el artículo 155 de la LAU hay que referirlo al coste total de la obra necesaria para volver el inmueble a su utilización normal, y no a la parte de ella que afecte en concreto al local arrendado.

ANTECEDENTES.— El arrendador de un local de negocio demanda la resolución del contrato al amparo del artículo 155, párrafo 2.º, de la LAU. Su petición es desestimada en primera instancia, pero prospera ante la Audiencia Territorial. El arrendatario recurre por injusticia notoria. (Los hechos y los motivos del recurso pueden verse en los Considerandos.)

CONSIDERANDO: Que entre las causas de resolución del contrato de arrendamiento establecidas por la Ley de 31 de diciembre de 1946, modificada por la de 21 de abril de 1949, figura la pérdida de la cosa arrendada, causa que, según la sentencia de 21 de noviembre de 1950, opera cuando ésta se produce, sea cualquiera el motivo que la determine.

CONSIDERANDO: Que, conforme al citado artículo, se reputará perdida la cosa arrendada cuando habiendo sido afectada de siniestro requiriese para ser repuesta a su normal utilización la ejecución de obras cuyo coste exceda del 50 por 100 del valor que, excluido el del solar, tuviese asignada la finca a efectos fiscales al tiempo de la pérdida.

CONSIDERANDO: Que en el caso de autos se produjo el desplome de la fachada de la casa, en cuya planta baja existía un bar perteneciente al arrendatario, por efecto de la defectuosa cimentación apoyada sobre una antigua bodega donde se abrió una vía de agua determinante de un peligro inminente de hundimiento de dicha parte del edificio, que motivó que el Ayuntamiento de Benavente ordenase al propietario la inmediata realización de las obras necesarias para cortar el derrumbamiento y al inquilino el desalojo del referido local.

CONSIDERANDO: Que el primero de los motivos del recurso contra la sentencia de la Audiencia que dió lugar a la resolución del contrato de arrendamiento por pérdida de la cosa arrendada, indica, en primer lugar, que la palabra siniestro viene a resultar equivalente a acaecimiento desgraciado, y es incompatible con la existencia de culpa por parte del arrendador, la que deduce de no haber realizado oportunamente las obras necesarias para la reparación de la cimentación de la casa, pero como tiene declarado este Tribunal en la citada sentencia, la Ley no distingue entre el origen que puede tener la pérdida de la cosa arrendada, basta con que ésta se produzca, sin perjuicio, claro está, del derecho del inquilino a reclamar los daños y perjuicios que puedan habérselle irrogado por haber incumplido el arrendador sus obligaciones contractuales, sin que exija, por lo tanto, que el siniestro sea precisamente debido a fuerza mayor.

CONSIDERANDO: Que por la sentencia de instancia se declara probado que, independientemente de las obras innecesarias para la normal utilización de la finca que ha realizado el propietario, las indispensables a tal fin importan 46.940,36 pesetas, y como el valor fiscal correspondiente al inmueble, descontado el solar, resultante de la certificación de la Administración de Propiedades de la Provincia de Zamora, excede, según la Sala, del 50 por 100, a que se alude en el citado artículo 155, resulta forzoso dar lugar a la resolución del contrato, sin que sea admisible la interpretación dada por el recurrente, apoyado en razonamientos del Juzgado, al citado precepto legal en el sentido de que dicho 50 por 100 hay que referirlo, no al coste total de la obra necesario para volver al inmueble a su

utilización normal, sino a la parte de dichas obras que afecten en concreto al local objeto del arrendamiento; pero hay que tener en cuenta que si bien dicho artículo habla de la cosa arrendada afectada de siniestro, se refiere al valor de la finca en general, ello aparte de que, tratándose como se trata de cimentar y levantar una pared, la reconstrucción de toda ella resulta indispensable para utilizar el local arrendado, dada la innegable solidaridad entre todos los elementos de la edificación, procediendo por ello la desestimación del primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que otro tanto cabe decir del motivo segundo, en que, con amparo en el número 4.º del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se alega error de hecho en la apreciación de la prueba, deducida de la pericial que obra en autos, invocando a dicho efecto las apreciaciones que se hacen en un informe pericial respecto de las causas del siniestro, en el sentido de que afortunadamente se debió apuntalar y arquear la bóveda y cimentar sus estribos, porque ya se ha dicho que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, la pérdida de la cosa arrendada, sea cualquiera su origen, determina la resolución del contrato, y menos acreditan estas manifestaciones el error manifiesto en la apreciación de la prueba, pues el juzgador tuvo en cuenta toda la practicada en los autos, procediendo por ello la desestimación de dicho motivo y del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 4 JUNIO 1951

Revisión—reclamaciones bancarias—Ley de 12 de diciembre de 1942.

Constando la intimidación sufrida al firmar un efecto cambiario, no puede considerarse como compensación la obtención de un salvoconducto, ya que, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley, aquélla ha de ser exclusivamente económica.

SENTENCIA 13 JUNIO 1951

Cosa juzgada material—identidad objetiva.

Conforme a reiterada jurisprudencia, la identidad objetiva ha de apreciarse confrontando lo resuelto en el primer pleito y lo pedido en el posterior.

SENTENCIA 15 JUNIO 1951

Competencia—momento procesal de la presentación de documentos.

Aun cuando con posterioridad a la demanda se aportó un contrato que habría determinado la competencia, el no presentarlo en el momen-

to procesal oportuno, determina que la competencia deba decidirse en favor del Juez del domicilio del demandado, conforme con lo dispuesto en el artículo 68, regla 1.ª, de la LEC.

SENTENCIA 21 JUNIO 1951

Competencia—acción personal.

Siendo personal la acción ejercitada y no existiendo sumisión alguna expresa o tácita, es competente el Juez del domicilio del vendedor.

SENTENCIA 22 JUNIO 1951

Competencia—inmutabilidad de la acción ejercitada.

No puede procesalmente el actor oponerse al requerimiento variando la acción que tiene ejercitada en términos que den lugar a resolver la competencia por normas distintas de las que sin esa modificación serian aplicables.

SENTENCIA 26 JUNIO 1951

Competencia—demanda de pobreza para solicitar depósito de persona.

El artículo 21 de la LEC atribuye el conocimiento de las demandas de pobreza al Juzgado o Tribunal que sea competente para conocer del asunto en el que se pretende utilizar, por lo que cuando aquel beneficio se pide para solicitar un depósito de persona, será competente el Juez del domicilio de la persona que se deba depositar.

SENTENCIA 26 JUNIO 1951

Resolución del arrendamiento urbano—por declaración de ruina de la finca.

La firmeza de la declaración de ruina efectuada por autoridad competente ha de subsistir con todos sus efectos legales, mientras no quede desvirtuada por la propia autoridad que la dictó, y esto cualquiera que sea la verdadera situación de hecho de la finca.

SENTENCIA 2 JULIO 1951

Traspaso de local de negocio—notificación—efectos.

La notificación de la intención de traspasar es un acto propio del arrendatario, que no puede ser dejada sin efecto sin el consentimiento del arrendador—por virtud de aquella notificación—de un derecho de tanteo.

Traspaso de local de negocio—notificación no fehaciente aceptada por el arrendador—carácter vinculante para el arrendatario.

Por ser la notificación una garantía establecida en beneficio del arrendador, a él sólo incumbe su impugnación cuando tal notificación no se haga en la forma fehaciente prevenida por la ley, por lo que, adoptada una cierta forma de notificar y aceptada por el arrendador, el arrendatario y sus causahabientes no pueden impugnarla.

ANTECEDENTES—El arrendatario de un local de negocio notifica por carta certificada a la propiedad, en 27 de enero de 1948, su decisión de traspasar el local en 25.000 pesetas. Tres días después hace saber que ha desistido de su propósito, en carta certificada que no se entregó personalmente al destinatario por su ausencia. El 11 de febrero, el arrendador notifica notarialmente que desea ejercitar el derecho de tanteo; el 25 notifica el arrendatario su intención de traspasar a la misma persona en 65.000 pesetas, y en 30 de marzo notifica que ha traspasado su establecimiento, por lo que los copropietarios demandan al arrendatario y al beneficiario del traspaso la resolución del contrato. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia revoca la sentencia.

- MOTIVOS.**—1) Violación de los artículos 45 y 47 de la LAU.
 2) Violación de los artículos 47 y 149 de la misma ley.
 3) Violación del artículo 45 LAU en relación con el 4.º C. c.

CONSIDERANDO: Que la Ley de Arrendamientos Urbanos después de definir por su artículo 44 el traspaso de los locales de negocio, establece por el 45 los requisitos necesarios para la existencia legal del traspaso, uno de los cuales es el comprendido en la letra d) de dicho texto legal, a saber, que el arrendatario notifique fehacientemente al arrendador o, en su defecto, a las personas allí indicadas, su decisión de traspasar y el precio convenido, previniéndose en el artículo 53 de dicha ley que para que el traspaso de local de negocio obligue al arrendador cuando el arrendatario al realizarlo venda existencias, mercaderías, enseres o instalaciones de su propiedad que en él hubiere o el negocio mismo, será necesario también que en la preceptiva oferta al arrendador se consigne el precio del traspaso del local separadamente del que corresponda a los restantes bienes transmitidos, y como consecuencia de la notificación hecha por el arrendatario al arrendador en la forma expresada surge en favor de este último el derecho de tanteo que el artículo 47 de la citada ley le reconoce y que podrá utilizar dentro de los treinta días, a partir del siguiente a aquel en que el arrendatario le notifique su decisión de traspasar y el precio que le

ha sido ofrecido, sin que hasta que transcurra este plazo pueda el arrendatario concertar con un tercero el traspaso, de todo lo cual se desprende que *la notificación del traspaso en cuanto realizada por el arrendatario con la finalidad de reconocer al arrendador el derecho de tanteo, que la ley establece en su favor, tiene la categoría de un acto propio del arrendatario que una vez realizado no puede ser dejado sin efecto sin el consentimiento del arrendador*, en cuyo favor nació, por virtud de dicho acto, el expresado derecho de tanteo.

CONSIDERANDO: Que por la carta certificada de 27 de enero de 1948, remitida por el arrendatario a un coarrendador, el primero notificó al segundo su decisión de traspasar el negocio instalado en el local arrendado al otro demandado en el precio de 25.000 pesetas, y las máquinas, útiles de trabajo, estanterías y demás enseres y muebles, así como los géneros, en el de 40.000 pesetas, decisión que le comunicaba para sus efectos, esperando que diera órdenes a su administrador para el cambio de contrato de arrendamiento, a cuya notificación contestaron los arrendadores por el acta notarial de 11 de febrero de 1948 haciendo saber a dicho arrendatario al siguiente día que hacían uso del derecho de tanteo que les concedía el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y que compareciera ante el notario que designaban para otorgarles la escritura de traspaso del local y percibir la suma de 25.000 pesetas, momento desde el cual no podía el arrendatario sin desconocer ni negar el derecho de tanteo del arrendador decidir ni realizar ningún nuevo traspaso a favor de tercera persona, como lo hizo, según resulta de las actas y escritura notariales de 25 de febrero y 30 de marzo de 1948, sin que pueda justificarlo la circunstancia de que en 30 de enero de 1948, es decir, tres días después de haber notificado al arrendador su decisión de traspasar el local arrendado en la forma que ha quedado expuesta, le remitiera una carta certificada en la que le notificaba que había desistido de su anunciado propósito de traspasar el negocio, porque dicha carta no llegó a poder del arrendador, y aunque hubiera llegado la notificación que había hecho el arrendatario con el designio de reconocerle el derecho de tanteo que la ley le otorgaba, había hecho nacer en favor del arrendador tal derecho y no podía ya el arrendatario por un acto de su exclusiva voluntad dejar sin efecto la expresada notificación sin contrariar la doctrina de los actos propios que, como la jurisprudencia de este Tribunal ha declarado, son aquellos que como expresión del consentimiento se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho.

CONSIDERANDO: Que *la notificación fehaciente de su decisión de traspasar que conforme al artículo 45, apartado d), de la Ley de Arrendamientos Urbanos debe de hacer el arrendatario al arrendador es una garantía establecida en beneficio de este último y, por lo tanto, a él solamente incumbe la impugnación cuando tal notificación no se le haga en la forma fehaciente prevenida por la ley, pero desde el momento en que el arrendatario adopta una forma determinada de notificación, en este caso la carta certificada, y el arrendador la acepta, y dándose por bien notificado reclama el derecho de tanteo que por consecuencia de tal notificación ha surgido en su favor, no puede el arrendatario que lo utilizó ni quien de él pretenda*

traer causa impugnarla, y hay que estimar cumplido con todas sus consecuencias el requisito relativo a la forma de la notificación prevenido por el citado precepto legal.

CONSIDERANDO: Que en razón a todo lo expuesto, la segunda notificación de su decisión de traspasar el local de negocio arrendado hecha por el arrendatario al arrendador en 25 de febrero de 1948 variando las condiciones de la primera que había producido ya los efectos que la ley le atribuye, carece de toda eficacia, lo mismo que el traspaso que, como consecuencia de dicha segunda notificación realizó el arrendatario en favor del otro demandado en 30 de marzo de 1948, y no habiéndose cumplido los requisitos que para la validez del traspaso exige la sección segunda del capítulo IV de la Ley de Arrendamientos Urbanos, procede la resolución del contrato de arrendamiento, conforme previene el artículo 149 de dicha Ley en su causa tercera y, consiguientemente, la desestimación del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 2 JULIO 1951

Compraventa civil en escritura pública—exclusión de la tradición instrumental por el pacto que aplaza la entrega.

No se da la tradición instrumental del párrafo 2.º del artículo 1.462 del C. c. cuando en la escritura pública se aplaza la entrega de la cosa vendida.

Casación por infracción de ley—normas no alegables como infringidas—disposiciones de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes.

Las disposiciones, circulares y tarifas de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, dado su carácter administrativo e índole marcadamente circunstancial, no tienen valor de normas legales para el efecto de dar lugar a la casación pedida a la Sala 1.ª

SENTENCIA 3 JULIO 1951

Traspaso de local de negocio—alcance de la cláusula del arrendamiento que exige “autorización escrita” del propietario.

La cláusula del contrato de arrendamiento según la cual el consentimiento del propietario al traspaso del local ha de constar por escrito, no impide la validez de dicho traspaso si la autorización se obtiene en forma tácita.

Costas en los juicios arrendaticios urbanos.

Del texto del artículo 166, párrafo 2.º de la LAU, se desprende que cuando en un procedimiento actúa una parte como demandante y otra como reconviniente, y las pretensiones de una y otra son totalmente desestimadas, cada una debe pagar las costas que se refieren a sus respectivos pedimentos.

ANTECEDENTES.—Se pide la resolución del contrato de arrendamiento de un local cinematográfico; como fundamento de la demanda se alega la realización de un traspaso sin haber intervenido el consentimiento escrito del arrendador (que se requería por el contrato de arrendamiento). En instancia se desestima la demanda, por estimarse que el traspaso fué consentido, aunque no en forma escrita. Recurso de injusticia notoria.

CONSIDERANDO: Que la autorización escrita exigida para el traspaso por el contrato de arrendamiento de 2 de octubre de 1939 constituye una precaución adoptada por el arrendador como medio de hacer constar en forma indubitada su consentimiento para la sustitución de la persona del arrendatario, pero cuando se ha realizado una serie de actos que, rectamente interpretados, como hace la sentencia recurrida, expresan de una manera inequívoca el consentimiento dado al traspaso por los representantes del arrendador, la finalidad perseguida por el contrato al consignar la mencionada cláusula quedó cumplida y no puede negarse la eficacia de tal consentimiento sin contrariar la doctrina de los actos propios, tanto menos cuanto que el Decreto de 29 de diciembre de 1931, que era la disposición aplicable a los locales destinados a espectáculos, según declaró reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, no contenía entre sus preceptos ninguno que exigiera una forma determinada de consentimiento para la validez de los traspasos, y teniendo tal disposición el carácter de derecho necesario, a ella era preciso atender antes que a la voluntad de las partes para regular las relaciones arrendaticias.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 4 JULIO 1951

Bienes gananciales—alcance de figurar el arrendamiento y la contribución a nombre del marido.

El hecho de que el marido figure como único arrendatario de un local de negocio y de que estén extendidos a su nombre los recibos de la contribución, no prueba que el negocio no pertenezca a la sociedad conyugal, porque no tiene otro alcance que el derivado del carácter de administrador que corresponde al marido en los bienes de dicha Sociedad.

SENTENCIA 5 JULIO 1951

Resolución del arrendamiento de local de negocio—por traspaso.

Procede estimar la acción resolutoria del contrato de arrendamiento, y anular el traspaso, cuando éste se efectúa sin dar cumplimiento a los requisitos que para su eficacia legal exige el capítulo IV de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

SENTENCIA 5 JULIO 1951

Incongruencia—cuándo existe—“iura novit curia”.

No son incongruentes las resoluciones judiciales no acomodadas a los razonamientos jurídicos ni a la calificación que en derecho fijen las partes como fundamento a sus pretensiones, siempre que en el fallo se guardé acatamiento a la sustancia de lo solicitado y a los hechos que sirven de apoyo a las pretensiones debidamente alegadas y discutidas en juicio.

Casación por incongruencia—sentencias desestimatorias.

Hay que entender que la sentencia absuelve de todos los extremos en que no hace condenación expresa.

SENTENCIA 6 JULIO 1951

Traspaso de local de negocio—derecho reconocido con anterioridad a la LAU.

La disposición transitoria 8.º de la LAU establece que para ejercer libremente el derecho de traspaso, sin sujeción al capítulo 4.º de la misma, es preciso que el arrendatario lo tenga reconocido por escrito y con anterioridad a la vigencia de la citada Ley.

SENTENCIA 12 JULIO 1951

Arrendamiento de temporada—requisitos.

Para que los arrendamientos, cesiones y subarrendos de locales de negocio, con o sin muebles, queden excluidos de la LAU y sean regulados por el C. c. y las leyes procesales comunes, es indispensable que se refieran a fincas situadas en lugares en los que el arrendatario no tenga su residencia habitual y, al propio tiempo, que se hayan limitado a la temporada de verano o a cualquiera otra.

SENTENCIA 21 SEPTIEMBRE 1951

Competencia territorial—sumisión expresa—requisitos.

Para que sea eficaz la sumisión expresa a un Juez determinado, la voluntad de los estipulantes ha de ser manifestada con tal claridad y precisión que no deje lugar a duda acerca de ante quién se ha de demandar.

SENTENCIA 22 SEPTIEMBRE 1951

Competencia territorial—compraventa mercantil.

En defecto de sumisión y de expresa designación del lugar de pago debe ser satisfecho el precio en el sitio en que tiene efecto la remesa de la mercancía a porte debido, o en aquel en que ha empezado a cumplirse la obligación de pagar parte del precio.

SENTENCIA 5 OCTUBRE 1951

Arrendamiento urbano—reparaciones a cargo del propietario.

Son de cuenta del propietario aquellas reparaciones que afectan no sólo al local arrendado, sino a partes del inmueble de las que se obtienen otros aprovechamientos y que, por otro lado, constituyen la obligación fundamental del arrendador de mantener al arrendatario en el uso y disfrute de la cosa arrendada de modo que pueda servir al fin a que se destina.

SENTENCIA 9 OCTUBRE 1951

Comisión mercantil—manifestación de contratar en nombre ajeno—caso del comisionista corredor.

A los efectos del artículo 247 C. de c., no es necesaria la manifestación expresa de que se contrata a nombre del comitente cuando la misma profesión del representante—chalán o corredor de ganados—da a conocer de manera ostensible el carácter de sus obligaciones contractuales.

Falta de personalidad en juicio—vía para impugnarla en casación.

La falta de personalidad sólo puede dar lugar a un recurso de casación por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y no al de infracción de la ley por quebrantamiento del número 4.º del artículo 533 de la Ley procesal.

Casación por infracción de ley—cuestiones nuevas.

Las normas que no han sido materia de discusión en el pleito ni tienen relación directa con las cuestiones en él controvertidas, no pueden ser estimadas como fundamentos de casación.

Casación por interpretación errónea de contratos—ámbito de esta vía de recurso.

Las cuestiones de interpretación se plantean sobre la base de una fórmula o hecho contractual que se da por existente y cuyo sentido, más o menos dudoso, se trata de aclarar o determinar, y no cuando la cuestión a resolver es esencialmente de hecho: si los contratos alegados han existido realmente o no.

SENTENCIA 11 OCTUBRE 1951**Alimentos del cónyuge viudo—a cargo de la herencia—durante la impugnación de la escritura particional.**

Estando sometida la validez o nulidad de una escritura particional a los Tribunales de Justicia, no es injustificada la causa que impide a la viuda del causante hacerse cargo de bienes que estima inferiores a los que le corresponden, continuando, en consecuencia, con derecho al percibo de alimentos en virtud del artículo 1.430 C. c.

Casación por infracción de ley—errores materiales en el fallo—recurso de aclaración.

Los meros errores materiales en el fallo no pueden estimarse comprendidos en los números 2.º y 4.º del artículo 1.692 de la LEC, ya que solamente dan lugar a recurso de aclaración.

ANTECEDENTES.—Practicadas por el albacea de un causante las operaciones particionales de su caudal y de liquidación de la sociedad de gananciales de su disuelto matrimonio, fué requerida la viuda para que las aprobara y firmara, lo que se negó a hacer, promoviendo después la misma viuda juicio para solicitar la nulidad de tales operaciones. En otro proceso pidió que se le concedieran alimentos en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.430 C. c. En primera instancia se desestimó la demanda, estimándose en la segunda. La demandada interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Infracción del artículo 1.430 C. c., ya que éste presupone una masa común, y en este caso ya se había hecho la partición y la viuda podía tomar posesión de los bienes que se le habían adjudicado.

Segundo. Incongruencia, por concederse más de lo pedido, ya que se condenaba a la demandada a concluir las operaciones particionales.

Tercero. Contradicción en el fallo, ya que es distinta la cuantía de los

alimentos a que se hace referencia en los Considerandos de la sentencia y la que aparece reflejada en el fallo.

CONSIDERANDO: Que ni la letra del artículo 1.430 del Código civil, que dispone se den alimentos al cónyuge superviviente mientras se liquida el caudal relicto del fallecido y se le entregue su haber, ni la finalidad asignada a esos alimentos, autorizan la interpretación que a ese precepto trata de dar la parte demandada en el primer motivo de este recurso, sosteniendo que protocolizadas las operaciones particionales de la herencia de don A. C. A., marido de la demandante y recurrida doña A. M. M., aunque esta señora no haya prestado su conformidad a las mismas ni intervenido, por lo tanto, en la escritura de particiones, que ha impugnado judicialmente solicitando la nulidad de dicha testamentaria, como ha sido puesta a su disposición la parte de haber que en las operaciones impugnadas le señalan, no tiene ya obligación de prestarle alimentos; doctrina errónea, porque *estando sometida la nulidad o validez de la referida escritura particional a los Tribunales de Justicia, no puede calificarse de injustificada la causa que impide a la demandante hacerse cargo de bienes que estima son inferiores a los que le corresponden al liquidarse debidamente la sociedad de gananciales y señalarle su parte en la herencia como viuda del causante*; continuando en su consecuencia con derecho al percibo de alimentos, y al declararlo así la sentencia impugnada no ha interpretado equivocadamente el mencionado artículo 1.430 y debe ser rechazado el primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que igualmente procede desestimar los otros dos motivos, al no existir en la sentencia incongruencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, ni contener el fallo disposiciones contradictorias, pues si bien es cierto que el mismo contiene errores materiales que hacen que no coincida exactamente la parte dispositiva de la sentencia con la argumentación sentada en el sexto Considerando, resulta tan patente el sentido de la misma, dado el razonamiento que la precede, que no puede ofrecer duda que la cuantía de los alimentos es sólo del 80 por 100 de la mitad de la herencia, las que deberán ser abonadas a la demandante hasta el día en que se declaren formalizadas debidamente las operaciones particionales; y *ese simple error material, que por producir oscuridad en los pronunciamientos del fallo, hubiera sido esclarecido seguramente por la propia Audiencia si hubiera hecho uso el recurrente del derecho que para pedir aclaración de la sentencia le concede el artículo 363 de la ley ritual, no puede estimarse, como antes se indica, comprendido en los números 2.º y 4.º del artículo 1.692 de la misma ley*, por no constituir incongruencia con las pretensiones de los litigantes, ni contradicción en el fallo, que ha de resultar de los términos empleados en el mismo, no de su comparación con la doctrina que se sienta en los fundamentos de la sentencia.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 19 OCTUBRE 1951

Inexistencia de contrato por carencia de causa.—efectos.

Es inexistente el contrato que carece de causa. La inexistencia es insubsanable e imprescriptible y, por lo tanto, también la acción o excepción para hacerla valer.

ANTECEDENTES.—El actor reclama la entrega de unas fincas que dice adquirió según documento privado de compraventa, suscrito el 7 de enero de 1936, haciendo constar el demandado que dicho documento carece de validez por haberse suscrito por medio de amenazas, no en la fecha indicada por el demandante, sino en el mes de agosto de 1936. El juez de Primera Instancia estimó la demanda, que fué desestimada en apelación ante la A. T.

CONSIDERANDO: Que en los dos motivos primeros del recurso se invoca la infracción, por inaplicación indebida e interpretación errónea, del artículo 1.271 del Código civil y de la doctrina legal relativa al concepto de la simulación de los contratos, aduciendo a tal fin el recurrente que el fallo impugnado, no obstante afirmar que el consentimiento se prestó bajo los efectos de la violencia o intimidación, declara inexistente la compraventa por simulada, olvidando que la simulación implica el concierto de voluntades de los contratantes, con designios de ordinario fraudulentos, para engañar a un tercero mediante una apariencia de verdad.

CONSIDERANDO: Que, esto establecido, es claro que el Tribunal de instancia no ha incidido en dichas infracciones, puesto que al declarar inexistente la compraventa, y sin ningún valor ni efecto el documento en que se formalizó, se basó en que no concurrían en ella los requisitos esenciales para su validez, y consiguientemente aplicó con acertado criterio lo prevenido en el citado artículo 1.261, que se supone infringido, sin que obste a ello la expresión en el fallo referente a que la compraventa fuera simulada, ya que, cualquiera que sea la falta de rigorismo técnico de aquélla, lo cierto es, según se infiere de los fundamentos de la resolución recurrida, que la Sala empleó el término simulación no en sentido estricto, sino lato, como sinónimo de la mera apariencia de realidad que se advierte en toda convención vacía de contenido.

CONSIDERANDO: Que en el motivo tercero de casación, por equivocada interpretación de los artículos 1.300, 1.265 y 1.267 de dicho cuerpo legal, aduciendo que reconocido por el Tribunal de instancia el vicio en el consentimiento, debió apreciarlo como originario de anulabilidad, y no de inexistencia; pero tal argumentación carece de fundamento sólido, por cuanto la Sala no se limita a aseverar que el consentimiento fué prestado bajo los efectos de la intimidación, sino que niega también que existiera la causa por la falta de precio, y de la recíproca contraprestación de las fincas que se dicen vendidas, declarando como secuela forzosa de tales aseveraciones la inexistencia del contrato: por lo que no incurrió en las infracciones denunciadas.

CONSIDERANDO: Que el motivo cuarto se apoya en la violación e inter-

pretación errónea del artículo 1.214 del Código civil, al sostener la Sala que el demandado sólo viene obligado a probar los hechos extintivos y no los impeditivos, como lo son los referentes a la inexistencia de la compraventa; pero este motivo tampoco puede prosperar, por ser bien notorio que los recursos de casación no se dan contra los fundamentos de la resolución recurrida, salvo el caso excepcional de que los conceptos o interpretación errónea sean premisa obligada única y decisiva del fallo, lo que no acontece en el presente caso, a menos de olvidar que el Tribunal *a quo* apreció los testimonios aportados por el demandado, según su propia expresión, "con el valor y significación de probanza plena de la realidad de cuantos hechos se opusieron a la exigibilidad del contrato presentado como válidamente celebrado, o sea de los alegados en relación con la carencia de los requisitos esenciales exigidos por el art. 1.261 del Código civil para que el contrato exista.

CONSIDERANDO: Que aparte de que no es exacto que el recurrente alegase en primera instancia la prescripción de la nulidad opuesta en vía de excepción por el demandado, revistiendo tal cuestión los caracteres de nueva, es muy cierto que no incide el fallo combatido en la infracción del artículo 1.301 en relación con los 1.265 y 1.267 del Código civil, invocada en el motivo quinto, ya que declarada la inexistencia del contrato, no cabe aplicar a tal supuesto los preceptos antecitados, por ser doctrina legal muy reiterada que tratándose de inexistencia el defecto es insusceptible e imprescriptible, y, por ende, la acción o excepción para hacerla valer.

FALLO—No ha lugar.

SENTENCIA 20 OCTUBRE 1951

Obligaciones del depositario—caso fortuito.

El asalto y saqueo de un almacén por los rojos constituye el caso fortuito del artículo 1.105 C. c. y exime de responsabilidad al depositario.

Casación por error de hecho—alegación del documento auténtico que lo acredita.

El documento o acto auténtico del que puede deducirse el error en que incurre el Tribunal a quo es necesario señalarlo en el motivo en que se acoja.

Imposición de costas—impugnación en casación.

Cuando no hay un precepto especial en la ley rituarial o convenio entre las partes litigantes que obligue a determinado pronunciamiento respecto al pago de las costas judiciales, no es susceptible de casación el acuerdo que sobre ese punto adopte la Sala sentenciadora.

SENTENCIA 22 OCTUBRE 1951

Arrendamiento de elementos sujetos a varios cuerpos legales concurrentes—legislación aplicable.

Cuando en una relación arrendaticia concurren elementos de facto que reclaman la aplicación de varios cuerpos legales (en régimen simultáneo), la total relación creada se regulará exclusivamente por la regla que corresponde a los elementos subjetivos y objetivos predominantes que influyen en la formación y finalidad del contrato, sin tener en cuenta su diferente valoración económica.

Casación por error de hecho—documento auténtico— valor de la confesión judicial.

No procede el recurso amparado en el número 7.º del art. 1.692 LEC cuando como único acto auténtico que evidencia la equivocación del Juzgador se señala la confesión judicial del demandado, de la que no hay constancia alguna en el apuntamiento.

ANTECEDENTES.—Véanse los considerandos.

MOTIVOS.—1) Error de hecho en la apreciación de la prueba con violación de los artículos 1.232 y 1.243 C. c. y 632 LEC.

2) Aplicación indebida y subsiguiente violación de los arts. 1.º y 70 de la Ley arrendaticia urbana.

3) Inaplicación y subsiguiente violación de la causa 1.ª del artículo 1.579 C. c.

CONSIDERANDO: Que sobre la base del contrato en litigio, por que fueron arrendados una casa con local adjunto, dos gallineros, un garaje y una extensión de terreno con algunas construcciones y en gran parte destinada a aprovechamiento agrícola, todo ello situado en el núcleo de la ciudad de S. F., se discutió en el pleito la procedencia de aplicar a la acción de desahucio ejercitada por el arrendador la causa 1.ª del art. 1.569 del Código civil, en la que se ampara la demanda, o la Ley de Ordenación de solares de 15 de mayo de 1945, o la de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935, o la de Arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946, quedando al fin descartada en la sentencia recurrida y en el recurso la aplicación de las leyes de Arrendamientos rústicos y de Ordenación de solares por virtud de lo dispuesto en los arts. 2.º de la primera y en el 1.º de la última, para mantener la sentencia de instancia como fundamento del fallo desestimatorio de la acción de desahucio la regulación del contrato por la Ley de Arrendamientos urbanos, mientras que el recurso propugna la tesis de que es el Código civil el que ofrece la norma legal del discutido arrendamiento.

CONSIDERANDO: Que para incluir el contrato en el ámbito de la Ley de Arrendamientos urbanos la Sala sentenciadora tuvo en cuenta que el

principal destino de lo arrendado ha sido la instalación por el arrendatario de una granja avícola de gran entidad en las construcciones que fueron objeto del contrato, una de ellas edificación habitable, y frente a esta posición de la sentencia recurrida arguye el segundo motivo del recurso que no es de aplicación el art. 1.º de la Ley de Arrendamientos urbanos, porque el contrato recayó sobre cosas que en su elemento predominante no son habitables, sino terrenos que por su situación son constitutivos de solares de mucho mayor volumen o importancia que las construcciones.

CONSIDERANDO: Que planteado así el problema fundamental del pleito se aprecia que en la relación jurídica arrendaticia concurren elementos de facto que en parte reclaman la aplicación del art. 1.º de la Ley de Arrendamientos urbanos, por ser objeto de contrato, entre otros bienes, un edificio que reúne los requisitos de habitabilidad y destino a explotación industrial con otras construcciones accesorias y en la parte restante entran en la esfera del Código civil por referirse a terrenos aptos para solares excluidos de la Ley ordenadora de los mismos y excluidos también de la legislación de arrendamientos rústicos y urbanos, y en estos supuestos de vínculo jurídico único, en el que se entremezclan múltiples reglas de derecho, incompatibles en régimen simultáneo, la total relación creada se regulará exclusivamente por la regla que corresponde a los elementos subjetivos y objetivos predominantes, aspecto éste en el que los hechos procesales demandan la aplicación de los arts. 1.º y 70 de la Ley de Arrendamientos urbanos, como correctamente lo estimó la Sala sentenciadora, en atención a que la finalidad principal perseguida por los contratantes fué el destino de los locales arrendados, en parte habitables, a una explotación avícola constitutiva del elemento predominante en el aspecto intencional y jurídico, no obstante la mayor valoración económica que con relación a las construcciones pudieran tener los terrenos aptos para solares, ya que estos no presidieron la voluntad de las partes en la formación y finalidad del contrato, quedando así relegados a la condición de cosa accesoria o secundaria de lo convenido, por lo que procede la desestimación del segundo motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que también carece de viabilidad el primer motivo, articulado al amparo del número 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, pues como único acto auténtico que pudiera evidenciar la equivocación del juzgador de instancia señala el recurrente la confesión judicial del demandado, de la que no hay constancia alguna en el apuntamiento, aparte de que lo que se pretende demostrar es la mayor importancia económica de los terrenos en comparación con las construcciones arrendadas, lo que no ha sido negado por el Tribunal *a quo*, y la trascendencia de este hecho en la calificación jurídica del contrato no es tema que procesalmente pueda ser planteado por el cauce utilizado del referido número 7.º del art. 1.692.

CONSIDERANDO: Que al no prosperar los dos primeros motivos falta base para el motivo tercero y último, que denuncia la falta de aplicación del art. 1.569, causa 1.ª, del Código civil, para el supuesto—no admitido—

de que se estimase la aplicación indebida de la Ley de Arrendamientos urbanos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 22 OCTUBRE 1951

Resolución del arrendamiento urbano—por ejercicio de industria incómoda, peligrosa e insalubre—culpa del arrendador.

La notoria incomodidad causada a los vecinos por el negocio ejercido por uno de los arrendatarios, e incluso su carácter peligroso e insalubre, no pueden dar lugar a la resolución del contrato de arrendamiento, aunque esto se haya solicitado por la mayoría de los vecinos, al amparo de la causa 6.ª del artículo 149 LAU, cuando la causa determinante de dichos efectos ha sido la conducta del propietario, que no realizó las obras necesarias para la normal utilización del local, a las que estaba obligado.

SENTENCIA 23 OCTUBRE 1951

Contratos—lugar de cumplimiento—lugar del comienzo de la ejecución.

Según reiterada jurisprudencia, cuando no se fijó lugar de cumplimiento de una obligación nacida de un contrato, debe entenderse tácitamente designada la población en que empezó a cumplirse lo convenido.

SENTENCIA 23 OCTUBRE 1951

Competencia territorial—acumulación de acciones.

Cuando se ejercitan contra una misma persona varias acciones originadas en diferentes contratos, debe tenerse en cuenta, para resolver la competencia, la acción procedente del contrato más importante y de mayor cuantía.

SENTENCIA 23 OCTUBRE 1951

Compraventa mercantil—lugar de cumplimiento.

Cuando las mercancías se facturan en el lugar del domicilio del vendedor y viajan por cuenta y riesgo del comprador, se presume hecha su entrega en el sitio en que se facturaron, y en el mismo debe hacerse el pago

SENTENCIA 24 OCTUBRE 1951

Exclusiva de transporte—indemnización de daños y perjuicios.

El transportista con derecho a realizar unos servicios de acarreo, que no pudo efectuarlos por culpa imputable al arrendador, puede reclamar a éste la ganancia dejada de obtener.

ANTECEDENTES.—El demandante, como concesionario en exclusiva, para una determinada zona, de la distribución y *transporte* de los productos monopolizados de la C. A. M. P. S. A., reclama de ésta el precio de un transporte de gasolina que efectuaron con sus propios medios las fuerzas armadas, pero que pagaron éstas a la C. A. M. P. S. A., incluido dentro del precio de venta. Las sentencias del Juzgado y de la Audiencia conceden la cantidad reclamada con deducción de los gastos que el transporte hubiese supuesto al demandante, y sin abono de intereses. Se articula el recurso de casación, entre otros, por los siguientes

MOTIVOS.—1. Autorizado por el número primero del art. 1.692 LEC, por infracción del principio de derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto.

2. Autorizado por el mismo precepto de la LEC. Inaplicación de los artículos 1.100 y 1.108 del C. c.

CONSIDERANDO: Que el principio de derecho prohibitivo del enriquecimiento injusto, por evidentes razones de equidad, tiende esencialmente a evitar que nadie pueda, sin causa justificada, incrementar su patrimonio a costa o expensas de otro; y, esto sentado, es claro que el fallo que ante una pretensión de daños y perjuicios dimanantes del derecho a realizar unos servicios de transportes, que el transportista no realizó por culpa imputable al arrendador, condena a éste al pago del precio de aquéllos, deducidos los gastos de rodaje y acarreo, por considerar que tal cantidad es la correspondiente a la ganancia dejada de obtener por aquél, no vulnera la doctrina que ampara el principio de derecho referido; y, en consecuencia, debe desestimarse el motivo primero y, en íntima conexión con él, el segundo, puesto que, así marcada la indemnización, cuya cuantía ha de fijarse en ejecución de sentencia, es improcedente el abono de los intereses que se reclaman.

FALLO—No ha lugar.

SENTENCIA 25 OCTUBRE 1951

Contratos civiles y administrativos—criterio de distinción.

Los contratos administrativos y los civiles se diferencian por el carácter con que en ellos interviene la Administración (poder en los primeros e igual en los segundos), y también por su objeto, ya que únicamente serán administrativos cuando tiendan inmediata y directamente a la ejecución de obras y servicios públicos, y no cuando constituyan un medio para esa ejecución.

No puede confundirse el fin público a que se destine la cosa objeto del contrato con lo que verdaderamente constituyen servicios públicos

ANTECEDENTES.—El demandante solicita, frente al Ayuntamiento de Valladolid, la nulidad de unos contratos de compraventa y de opción de compra de terrenos dedicados a la construcción de un estadio municipal. El Ayuntamiento plantea, en forma de incidente de previo y especial pronunciamiento, excepción de incompetencia de jurisdicción, por estimar que los contratos son administrativos, y corresponde conocer de ellos en la vía contenciosa. El Juez de primera instancia y la Audiencia Territorial dictan sendos autos estimatorios de la excepción. El demandante recurre en casación por infracción de ley.

CONSIDERANDO: Que el Tribunal Supremo, en sus sentencias de las Salas de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo de 19 de diciembre de 1921, 3 de julio de 1941 y 2 de febrero de 1942, ha fijado como elementos de distinción entre los contratos civiles y los administrativos el carácter con que interviene en ellos la Administración, pues en estos últimos lo hace a modo de poder, imponiendo como tal condiciones que dejan a salvo sus peculiares prerrogativas, o, como dice el auto recurrido, más bien que contratar puede decirse que manda, viendo en el particular un subordinado; y también por el objeto del contrato, que únicamente cuando sea inmediata y directamente la ejecución de obras y servicios públicos, y no cuando constituyan un trámite previo o medio preparatorio para esa ejecución, serán administrativos, y según declaración clara y terminante de la sentencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de 14 de julio de 1903, que recoge la doctrina de otras varias, no puede confundirse el fin a que se destine la cosa objeto del contrato con lo que verdaderamente constituyen servicios públicos.

CONSIDERANDO: Que los contratos impugnados en el pleito constituyen una compraventa de terrenos, que con arreglo a lo sentado en el considerando anterior es de naturaleza civil y no administrativa, como resulta claramente de la manera en que se concertaron, pues el primero de ellos, fecha 24 de enero de 1939, anterior a todo expediente municipal, fué extendido en un pliego con membrete del Gobernador civil de Valladolid y suscrito por el mismo, el Alcalde de aquella ciudad y el vendedor demandante, no teniendo para ese acto el mencionado Gobernador personalidad ni representación administrativa; las gestiones privadas que le siguieron y por las que se concedió al Ayuntamiento demandado un derecho de opción para esa misma compra, según carta fecha 16 de abril de 1940 transcrita en la escritura pública de compraventa, tampoco tiene carácter administrativo, y el contrato que consta en la escritura pública de 23 de octubre de 1941 se otorgó fuera del expediente de expropiación forzosa, con tal independencia de los trámites de éste, pues no hubo en él acuerdo sobre el precio, como aparece del escrito de 20 de septiembre de 1941 aportado a los autos, caso análogo al tratado en la sentencia de 21 de diciembre de 1946 y las que se citan en el considerando siguiente, y esa escritura de 23 de octubre de 1941 es el resultado de las gestiones meramente privadas que cristalizaron en el primer convenio y en el documento fecha 26 de

septiembre de 1941 en que se fijaron las bases para tal escritura pública, y es además evidente que el objeto directo de esos contratos es una compraventa y no la obra o servicio público que requieren las sentencias antes citadas, por lo que no están comprendidos en el artículo 5.º de la Ley de lo Contencioso-Administrativo; y nada supone en contra de lo dicho que se consignara en la repetida escritura pública que el Ayuntamiento no podía destinar los terrenos más que a la construcción del Stadium, porque esto no es más que fijar el destino que ha de dárseles, pero no altera la naturaleza jurídica del contrato porque no le transforma de ser uno de compraventa en otro de obras o servicios públicos.

CONSIDERANDO: Que siendo civiles, como se ha demostrado, los contratos en cuestión, y reclamándose en el pleito la declaración de su nulidad y subsidiariamente la de su resolución por razones de índole meramente civil, pues los artículos 117 y 118 de la Ley Municipal que invoca la demanda, más que causa de nulidad revelan que los contratos no son administrativos, por no haberse ajustado a las formalidades de este orden el Ayuntamiento para su preparación, la competencia para conocer del pleito origen de este recurso es de la jurisdicción ordinaria, ante la que se entabló, como resuelve para otro caso análogo en que se discutía la validez o nulidad de una venta la sentencia de 21 de noviembre de 1905, aunque hubiera entendido del caso la Administración activa, según esta misma sentencia y la de 13 de junio de 1940, y no procede la excepción de incompetencia de jurisdicción que acoge el auto recurrido, el cual debe ser casado por los motivos primero y segundo del recurso.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 30 OCTUBRE 1951

Arrendamiento de industria—legislación aplicable.

Reiterada jurisprudencia, después del Decreto de 29 de diciembre de 1931, no aplica la legislación especial a los arrendamientos de industria.

Casación por error de hecho—documentos auténticos.

Los documentos de carácter fiscal y origen administrativo no son suficientes para fundar en ellos un recurso de casación por error de hecho.

SENTENCIA 30 OCTUBRE 1951

Disposición transitoria 2.ª de la LAU—interpretación.

La disposición transitoria 2.ª de la LAU se refiere exclusivamente al subarriendo, y por su carácter extraordinario y excepcional ha de ser

interpretada restrictivamente, no procediendo su extensión a la cesión o traspaso.

SENTENCIA 30 OCTUBRE 1951

Competencia territorial—compraventa mercantil.

Al no constar que en un contrato de compraventa mediase sumisión ni pacto relativo a donde se había de pagar el precio de la mercancía, se ha de determinar la competencia por aplicación de la regla 1.ª del art. 62 de la LEC, en armonía con el art. 1.500 del C. c., atendiendo al lugar en el que los géneros vendidos se entregaron al comprador.

SENTENCIA 31 OCTUBRE 1951

Compraventa mercantil—lugar de cumplimiento.

Según constante jurisprudencia, la entrega de la cosa vendida se presume hecha en el lugar donde el vendedor tiene su establecimiento comercial, salvo prueba en contrario.

SENTENCIA 31 OCTUBRE 1951

Concepto de impuesto pendiente.

Se dice que está pendiente lo que, existente ya, no ha llegado a su término o fin, y así, un impuesto o una contribución están pendientes de pago desde que fueron devengados, por haberse realizado el acto o haberse obtenido la ganancia gravados, hasta el ingreso de su importe en la Hacienda Pública, que es su fin.

Asunción de obligaciones fiscales—alcance.

El asumir las obligaciones fiscales pendientes de pago no incluye, salvo pacto expreso, las sanciones en que el obligado frente a la Hacienda hubiese incurrido por omisión o demora.

SENTENCIA 31 OCTUBRE 1951

Prueba de reconocimiento judicial—control en casación.

Los errores de razonamiento del Juez en la inspección personal no constituyen el motivo de casación número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Casación por exceso de jurisdicción—ámbito del recurso.

El haberse tramitado un juicio con arreglo al procedimiento establecido en la legislación común, y no por el especial de arrendamientos urbanos, no constituye el motivo de casación por exceso evidente en el ejercicio de la jurisdicción previsto en el número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA 2 NOVIEMBRE 1951**Prueba de presunciones—impugnación en casación de sus resultados.**

No pueden alegarse válidamente en casación presunciones contrarias a las establecidas por los Tribunales de instancia, mientras no se demuestre por documentos o actos auténticos que ha habido error en la apreciación de los hechos en que dichos Tribunales fundan las suyas.

Este principio haría rechazar las presunciones sentadas por el recurrente, aunque no fueran tan infundadas como las que alega en este supuesto concreto, que carecen de enlace preciso y directo con los hechos de que se deducen, según las reglas del criterio humano.

SENTENCIA 10 NOVIEMBRE 1951**Competencia territorial—contrato base de la acción negado por el demandado “a los solos efectos de la competencia”.**

Una constante jurisprudencia establece que el fuero competente es el del demandado cuando éste niega la existencia del contrato de que el actor deriva su acción, y ésta no aparece justificada por ningún principio de prueba; pero dicha negativa sólo es eficaz cuando es absoluta, y no si se formula “a los solos efectos de la competencia”.

Competencia territorial—principio de prueba.

La certificación de una agencia de transportes constituye un principio de prueba que acredita suficientemente, para el solo efecto de resolver la competencia, que la parte actora remitió a porte debido a la demandada las mercancías cuyo precio reclama.

SENTENCIA 12 NOVIEMBRE 1951

Sucesión intestada—distribución de los bienes heredados por el Estado (1).

Jerarquía de las normas legales—efectos.

Los Tribunales del orden civil no pueden aplicar las disposiciones gubernativas contrarias a los artículos del C. c., por impedírselo el artículo 7.º L. O. P. J. y el artículo 5.º C. c.

Casación por infracción de ley—normas no alegables como infringidas—disposiciones gubernativas.

Las disposiciones de carácter gubernativo no pueden fundar un recurso de casación por infracción de ley.

CONSIDERANDO: Que en el juicio de abintestato de la causante recayó auto de la Sala por virtud del cual se declara heredero abintestato de dicha señora al Estado, a quien se difiere la herencia a beneficio de inventario, adquiriéndola aquél con la obligación de dividirla en tres partes iguales, de las que se reservará una, entregando las dos restantes, una al Ayuntamiento y otra a la Diputación del Principado de Asturias, y que el Juzgado entregará los bienes al señor Delegado de Hacienda de la provincia, a los fines determinados en los artículos 9.º y demás pertinentes del Real Decreto de 23 de junio de 1928.

CONSIDERANDO: Que aun prescindiendo de la dificultad que pueda oponer al recurso lo dispuesto en los artículos 1.689 y 1.690 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es lo cierto que la parte dispositiva de tal resolución no infringe lo previsto en el artículo 956 del Código civil en su vigente redacción, porque si bien es verdad que éste dispone que en los casos a que alude será heredero abintestato el Estado, el que asignará una tercera parte de la herencia a las Instituciones municipales que específica sean de carácter público o privado, y otra a las de la provincia del finado, prefiriendo aquéllas a que el causante haya pertenecido y haya consagrado su máxima actividad, como inspirándose en un propósito de atender a la presunta voluntad del difunto, y no precisamente al municipio y a la provincia como tales, reservándose otro tercio, no es menos cierto que como estas disposiciones del auto en cuestión han de ponerse en relación con el número 3.º del mismo, donde se dice que los referidos bienes serán entregados por el Juzgado a la Delegación de Hacienda, a los fines determinados en el Decreto de 23 de junio de 1928, ha de entenderse que aquel destino de los dos tercios de los bienes a que el Código civil alude debe referirse a las instituciones pertinentes a la provincia y al municipio que resulten en definitiva destinatarios de los bienes mediante la actuación de la Junta distribidora creada por el men-

(1) Véanse los considerandos.

cionado Decreto y presidida por el Delegado de Hacienda, al que ha de hacerse entrega de aquéllas.

CONSIDERANDO: Que tampoco cabe apreciar la infracción del mencionado Real Decreto, cuya aplicabilidad al caso expresamente se reconoce en la parte dispositiva del auto en cuestión, ni menos la de la Orden de 29 de diciembre de 1936, en su artículo 15, que para nada se refiere a la herencia intestada del Estado, limitándose a establecer reglas generales sobre el funcionamiento de la beneficencia pública en los comienzos de la guerra civil, ello aparte de que si hubiera alguna oposición evidente y manifiesta entre disposiciones de carácter gubernativo, cuya cita resulta ineficaz en un recurso de casación en materia civil, y los artículos del Código, los Tribunales de este orden no podrían aplicarlas por impedírsele claramente el artículo 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 5.º del Código civil.

CONSIDERANDO: Que tampoco cabe estimar la infracción del Decreto de 15 de diciembre de 1940, en la letra e) del artículo 10, conforme al que formarán parte del Fondo benéfico-social la parte que corresponda a la Beneficencia en todas las herencias abintestato, pues independientemente de las razones anteriormente alegadas más arriba (a que alude) y de que nunca podría reputarse derogado el llamamiento a favor de los Establecimientos benéficos de la provincia y del municipio contenido en el artículo 956 del Código civil por una mera enumeración integrante de los bienes constitutivos del Fondo benéfico-social regulado por dicha disposición, es lo cierto que la referencia contenida en el citado artículo 10 admite perfectamente la interpretación de aludir a la tercera parte de la herencia que, conforme al mencionado precepto del Código civil, ha de ser asignada al Estado como heredero abintestato.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 13 NOVIEMBRE 1951

Competencia territorial—acumulación de acciones personales—pluralidad de demandados.

Según reiterada jurisprudencia, cuando una acción personal se dirige contra dos demandados que residen en localidades diferentes y la acumulación no es arbitraria, el actor tiene la facultad de elección a que se refiere la regla 1.ª, apartado último, del artículo 62 de la LEC, aunque aquéllos no se hallen ligados por vínculos de solidaridad o de mancomunidad simple.

SENTENCIA 13 NOVIEMBRE 1951

Compraventa civil—lugar de cumplimiento.

A efectos de competencia, se presume que debe cumplirse la obligación de pagar en el lugar en que ya se verificó un pago parcial por abono en cuenta corriente.

SENTENCIA 13 NOVIEMBRE 1951

Prueba de confesión judicial—valoración de sus resultados en relación con otros elementos probatorios.

El Tribunal "a quo", para aquilatar la eficacia de la confesión, puede valorarla combinándola con otros elementos de justificación.

Prueba de testigos—impugnación en casación de sus resultados.

Es de la competencia del Tribunal sentenciador la apreciación de la prueba testifical, y por ello no puede impugnarse en casación (artículos 1.248 C. c. y 659 LEC).

SENTENCIA 14 NOVIEMBRE 1951

Usos comerciales—valor interpretativo.

Los usos de comercio no sólo constituyen una fuente supletoria de Derecho, sino que deben aplicarse también como reglas interpretativas.

Casación por error de hecho—documento auténtico—dictámenes periciales aportados con los escritos de alegaciones.

Los dictámenes técnicos no cambian su carácter de prueba pericial, porque en vez de emitirse en el juicio con intervención de la parte contraria, se presentan con los escritos de alegaciones, y por lo tanto no pueden constituir el documento auténtico en que ha de basarse el recurso por error de hecho en la apreciación de la prueba.

ANTECEDENTES.—La S. A. "V", domiciliada en Valencia, contrató con el encargado de la vigilancia de sus bodegas en Daimiel la venta del orujo procedente de la elaboración de sus vinos. El comprador—en el juicio, demandado—retiró, además de los productos sólidos, las llamadas heces que quedan en el fondo de los recipientes, hecha la decantación. La entidad vendedora reclama estos productos y presenta una certificación del Ingeniero Jefe de la estación Enológica de Requena (Valencia). El demandado se opone y presenta una declaración hecha por comerciantes vinateros de Daimiel, donde se realizó el contrato, acerca del sentido comercial que en dicha plaza tiene la palabra orujo. El Juzgado y la Audiencia absuelven de la demanda.

MOTIVOS.—1.º Infracción de los arts. 2, 57 y 59 del C. de comercio, de los 1.258, 1.281, 1.287 y 1.289 del C. c. y la doctrina del T. S. contenida en la Sentencia de 7 de agosto de 1940.

2.º Error de hecho resultante de no haber sido tomado en consideración el valor probatorio de la certificación de la Estación de Viticultura y Enología de Requena.

CONSIDERANDO: Que invocando el núm. 7.º del art. 1.792 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la parte demandante trata en el segundo motivo de este recurso de justificar el error de hecho en que a su juicio ha incurrido el Tribunal de Instancia en la apreciación de la prueba, con un dictamen técnico dado por el Director de la estación de Viticultura y Enología de Requena, al que denomina documento, olvidando que tales dictámenes no cambian su carácter de prueba pericial porque en vez de emitirse en el juicio con intervención de la parte contraria, que pueda pedir su ampliación o que se concreten algunos particulares de los mismos, lo que da mayor valor a esta prueba, se presenta con los escritos de demanda, contestación, réplica o dúplica; y al no poderse calificar de documento ese dictamen, esta sola circunstancia sería suficiente para rechazar este motivo del recurso, pero es que, además, como el Tribunal sentenciador tuvo en cuenta otros varios elementos probatorios, como fueron las declaraciones de los comerciantes de Daimiel, los informes de la Alcaldía de aquella ciudad y de la Hermandad de Labradores de dicha población y el dictamen pericial, ordenado para mejor proveer, de un perito agrícola, y todas las indicadas pruebas han sido apreciadas conjuntamente, aun en el supuesto de que pudiera considerarse como documento el referido informe no podría modificarse en este recurso el valor que al relacionarlo con las otras pruebas se le ha dado en la sentencia impugnada.

CONSIDERANDO: Que cita el recurrente en el otro motivo, al amparo del número primero del mencionado artículo 1.692, como doctrina legal para sostener que ha habido error de derecho al no reconocer al expresado dictamen del Director de la Estación de Viticultura y Enología de Requena valor probatorio excluyente de la restante prueba practicada para justificar el uso comercial de que se trata en Daimiel, la sentencia de esta Sala de 7 de agosto de 1940, no teniendo esta sentencia el carácter que se le atribuye, en primer lugar porque una sola sentencia no es suficiente para establecer doctrina, y en segundo, porque está dictada en un incidente de competencia entre los Juzgados de Primera Instancia de Málaga y Palma de Mallorca, y la certificación dada por la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Málaga, a la que se alude por el recurrente, se admitió como un principio de prueba para determinar el Juzgado que se estimaba competente y no fué la única prueba que se tuvo presente para tal resolución, viniendo esta prueba a corroborar, como expresamente se dice en la sentencia, lo que ya se deducía del conocimiento de embarque de la mercancía objeto del pleito.

CONSIDERANDO: Que en este mismo primer motivo del recurso, después de reconocerse expresamente que la cuestión litigiosa estaba en realidad limitada a determinar qué debía entenderse comprendido en la palabra orujo, empleada en el contrato de 13 de marzo de 1941, por el que la entidad demandante y recurrente vendió el producto residual de la elaboración del vino así denominado a la parte contraria en estos autos, se impugna la sentencia recurrida, en la que se ha estimado que por orujo, según el uso comercial en Daimiel, se designa no sólo los restos sólidos de la uva que quedan después del prensado, constituidos generalmente por la piel del grano, la semilla o granillo y el raspón, sino también las madres, far-

gas o hecos obtenidas en las operaciones posteriores que se realizan para la debida y completa elaboración de los vinos; alegándose en concreto, en la impugnación de la sentencia, que la interpretación del contrato debió hacerse recurriendo antes a las normas del derecho civil que al artículo 2.º del Código de Comercio, que el demandado ha procedido de mala fe al celebrar el contrato y que al no dar el mismo valor al término orujo los dos contratantes debió declararse nula la compraventa.

CONSIDERANDO: Que el artículo 50 del Código de Comercio textualmente dice: que los contratos mercantiles se registrarán en todo lo que no se halle expresamente establecido en ese Código o en las leyes especiales por las reglas generales de Derecho común, no pudiendo dar lugar la claridad de esta redacción a dudas, siendo patente que no debe acudir al Código civil como supletorio cuando existan normas adecuadas en el de Comercio y, por lo tanto, este solo artículo sería suficiente para justificar que se acudiera a los usos mercantiles locales, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º del Código mercantil, para interpretar el contrato discutido, pero a mayor abundamiento lo mismo se deduce de lo prevenido en el artículo 59 de esta misma ordenación legal, en el que se alude a ese artículo 2.º al tratar de la interpretación de los contratos mercantiles.

CONSIDERANDO: Que los usos de comercio observados generalmente en cada plaza no sólo constituyen una norma supletoria de derechos, sino que deben aplicarse también como expresamente se dijo en la exposición de motivos del Código de Comercio, como reglas "para resolver los diversos casos particulares que concurren, ya supliendo las cláusulas insertas generalmente en los actos mercantiles, ya fijando el sentido de las palabras oscuras, concisas o poco exactas que suelen emplear los comerciantes", habiéndose procedido en su consecuencia legalmente en la sentencia que se discute al determinar el sentido que debe darse en el contrato a la palabra orujo, conforme al uso comercial en Daimiel, que es donde se celebró la compraventa.

CONSIDERANDO: Que tampoco se ha introducido por la Audiencia lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.281 del Código civil, que se refiere al caso de que la intención evidente de los contratantes es contraria a los términos en que está redactado el contrato, pues en la presente controversia no se trata de que la intención de los contratantes esté en oposición con lo que por escrito se ha estipulado, sino de que cada uno de ellos da distinta significación a la palabra que designa el objeto de la compraventa, por cuya razón ese artículo 1.281 que en el fundamento cuarto de la sentencia recurrida se cita genéricamente en unión de otros, como uno de los que contienen las normas de interpretación de los contratos, no ha sido, sin embargo, aplicado en la misma por ser ajeno a la cuestión planteada.

CONSIDERANDO: Que es completamente gratuito el afirmar en este recurso simplemente, porque ya prosperado el criterio que debe darse a la palabra orujo, que éste ha procedido de mala fe en el contrato, y no existe, por tanto, la infracción de los artículos 57 del Código de Comercio y 1.258 del civil, que dice el recurrente han sido aplicados inde-

bidamente en el particular que se refiere a la buena fe, que ambos artículos ordenan se guarde en el cumplimiento de los contratos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 14 NOVIEMBRE 1951

Acumulación de acciones—requisitos.

Es arbitraria, y no está autorizada por el artículo 156 de la LEC, la acumulación de acciones en la demanda cuando no nacen de un mismo título ni se fundan en la misma causa de pedir.

SENTENCIA 17 NOVIEMBRE 1951

Resolución del arrendamiento urbano—por obras no consentidas—autorización implícita del arrendador.

La cláusula de un contrato de arrendamiento que autoriza el subarriendo parcial del local, autoriza también implícitamente las divisiones de éste precisas para que el subarriendo parcial pueda tener efectividad; pero de ninguna manera obras que debiliten la naturaleza y resistencia de los materiales o modifiquen la configuración del local arrendado.

Resolución del arrendamiento urbano—por obras no consentidas—alteración en la configuración del inmueble: cuestión de hecho.

La modificación de la configuración del local (art. 149, 5.ª, LAU) es una cuestión de hecho, cuya apreciación por el juzgador de instancia sólo puede ser impugnada por error en la apreciación de la prueba, acreditado por la documental o pericial que obre en autos (art. 173, 4.ª, LAU).

SENTENCIA 19 NOVIEMBRE 1951

Competencia territorial—sumisión expresa—requisitos.

Para que sea eficaz la sumisión expresa que previene el artículo 57 de la LEC, ha de hacerse a un Juez o Tribunal determinado y no a varios, porque la variedad en la designación va contra el principio cardinal de unidad y concreción en que se basa la facultad permisiva que otorga la ley.

SENTENCIA 19 NOVIEMBRE 1951

Prueba—admisión— requisitos.

Conforme a los artículos 565 y 566 de la Ley de Enjuiciamiento civil, son admisibles solamente las diligencias de prueba que se concreten a los hechos definitivamente fijados en el pleito y, por tanto, el Juez debe rechazar aquellas en que, al proponerlas, no se determine la relación que tengan con esos hechos.

Prueba de testigos—requisitos de admisibilidad.

Es rechazable la prueba testifical pedida en forma tal que se la despoje de las garantías propias de esta prueba: que tenga lugar en el mismo pleito en que ha de surtir efecto y que intervenga en ella la parte contraria.

Casación por denegación de diligencias de prueba—requisitos—admisibilidad de las diligencias denegadas.

Para que pueda prosperar el recurso de casación por quebrantamiento de forma que prevé el número 5.º del art. 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la diligencia de prueba denegada por el Juez ha de ser admisible según las leyes.

SENTENCIA 21 NOVIEMBRE 1951

Locales de escritorio u oficina—diferencias con el local de negocio.

No puede ser calificado de escritorio u oficina, a los efectos del artículo 10 LAU, el local en que se ejerza un negocio de Gestoría abierto al público.

Resolución del arrendamiento urbano—por subarriendo no consentido—cuando existe subarriendo.

La instalación de un negocio perteneciente a tercera persona sin permiso del dueño, en un lugar de vivienda arrendado, constituye un caso de subarriendo no consentido.

SENTENCIA 26 NOVIEMBRE 1951

Arrendamiento urbano—reducción de la renta—por exceder de la declarada a efectos fiscales.

Para dar lugar a la reducción de la renta prevista en el art. 133 LAU se requiere la existencia de una cantidad declarada a la Hacienda en tal

concepto o, caso de no haberse realizado esa declaración, que sirva de base a la contribución territorial por el local de que se trate

AUTO 27 NOVIEMBRE 1951

Casación por infracción de ley—requisitos—alegación del precepto infringido.

El recurso de casación por infracción de ley ha de citar expresamente los preceptos legales que se consideren infringidos.

SENTENCIA 28 NOVIEMBRE 1951

Cuarta trebeliánica en Cataluña—modo de hacerla efectiva.

La cuarta trebeliánica no se hace efectiva satisfaciéndola en metálico el heredero fideicomisario, sino reteniendo el causahabiente del fiduciario la cuarta parte de los bienes fideicomitidos y restituyendo solamente las tres cuartas partes de los mismos.

ANTECEDENTES.—En incidente de ejecución de sentencia en la que se declaraba a favor de la actual recurrente el derecho a deducir para sí la cuarta trebeliánica en los bienes de los que fué heredero fiduciario su esposo, dictó auto el Juez de primera instancia declarando que tal derecho debía hacerse efectivo con bienes de la herencia. Interpuesto recurso de apelación por el heredero fideicomisario, la Audiencia revocó el auto del Juzgado declarando en su lugar que la cuantía de la cuarta trebeliánica debe satisfacerla el fideicomisario en metálico.

MOTIVOS.—1.º Violación e interpretación errónea de lo mandado en la Sentencia firme de cuya ejecución se trata (art. 1.695 en relación con el 1.692 de la LEC.).

2.º Violación, interpretación errónea y falta de aplicación de: Instituta, L. II, Tít. 23; Digesto, L. XXXVI, Tít. 1.º, Leyes 3, 18, 44, 68 y demás incluídas en la rúbrica "Ad Senatium Consultum Trebelianum"; Novela 39 de Justiniano; Decretales, L. III, Tít. 26, Caps. 18 y 16; Constituciones de Cataluña, Constitución única, Tít. 6, Lib. 6.º, Vol. 1.º y las Sentencias del Tribunal Supremo de 3-XI-1896, en concordancia con las de 30-VI-1881, 7-X-1896, 9-IV-1904 y Resolución de la Dirección General de Registros de 6-V-1895.

CONSIDERANDO: Que en la ejecutoria de la que dimana este incidente se declaró que doña J., heredera de su marido don S. M. B., a su vez heredera fiduciaria de don S. M. G., tiene derecho a detraer la cuarta trebeliánica perteneciente al fiduciario, haciéndola efectiva en los bienes de la herencia líquida, es decir, deducidas legítimas, mejoras y demás cantidades que sean procedentes, atendiendo a la situación de la herencia al fallecimiento del testador.

CONSIDERANDO: Que son claros los términos de la ejecutoria en el sentido de que la facultad de detraer corresponde al heredero del fiduciario y procede hacerla efectiva *in natura*, o en los bienes de la herencia, cons-

tituyéndose así la heredera del fiduciario en partícipe de una cuarta parte de los bienes fideicomitidos en proindivisión con el heredero fideicomisario, partícipe en las tres cuartas partes restantes, por lo que la sucesora del fiduciario, gravado de restitución, no viene obligada a restituir todo el haber hereditario, sino sólo las tres cuartas partes del mismo previa la correspondiente división del caudal relicto.

CONSIDERANDO: Que este sentido claro de la ejecutoria se infiere también de la acepción gramatical de la palabra "detraer", equivalente a retener, restar, sustraer, apartar o desviar, y se infiere también de las prescripciones de los derechos canónicos y romano, supletorias en Cataluña de su derecho peculiar, y aún de este mismo derecho, de la legislación de Partidas y doctrina jurisprudencial, según se arguye con suficiente detalle y razonamiento en los dos motivos del presente recurso, y lo corrobora también, en otro aspecto, el pronunciamiento de la ejecutoria en cuanto manda que la heredera del fiduciario abone al fideicomisario los frutos producidos desde la muerte de su marido por los bienes hereditarios, *con deducción de los correspondientes a la cuarta trebeliánica*.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto, al declarar la Sala de instancia que la cuarta llamada trebeliánica debe satisfacerla en metálico el heredero fideicomisario, atribuye a éste una facultad en pugna con el derecho de retener que corresponde al causahabiente del fiduciario, con el perjuicio que a este último pudiera ocasionarle una eventual desvalorización del dinero o una desvalorización de los inmuebles de la masa hereditaria, y al actuar de esta suerte ha resuelto en contradicción con lo ejecutoriado, procediendo, en consecuencia, la casación del auto recurrido, de acuerdo con lo que dispone el art. 1.905 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO.—Ha lugar. Se revoca el Auto de la Audiencia y se confirma el del Juzgado.

AUTO 30 NOVIEMBRE 1951

Casación—resoluciones no recurribles—auto desestimatorio de la excepción de falta de personalidad.

El auto que desestima la excepción de falta de personalidad en la demandante no pone término al pleito, sino que facilita su continuación, por lo cual no es definitivo a efectos de casación.

AUTO 30 NOVIEMBRE 1951

Casación—resoluciones no recurribles—sentencias concediendo el beneficio de pobreza.

Debe rechazarse el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que concede el beneficio de pobreza: 1) porque según el artículo 33 de

la LEC no produce efectos de cosa juzgada; 2) porque en cualquier estado del juicio en que sea incidente puede la parte que le interese promover nuevo incidente para su revisión y revocación; 3) porque no pone fin al litigio, haciendo imposible su continuación, antes al contrario, permite al declarado pobre defender ante los Tribunales el derecho que puede asistirle.

AUTO 30 NOVIEMBRE 1951

Casación—resoluciones no recurribles—auto desestimatorio de la excepción de falta de personalidad del demandante.

El auto que desestimó la excepción de falta de personalidad en la demandante, lejos de poner término al pleito, facilita su constitución, por lo que no puede considerarse resolución definitiva recurrible en casación.

AUTO 30 NOVIEMBRE 1951

Casación por infracción de ley—alegación del concepto de la infracción.

En el recurso de casación por infracción de ley es necesario que el recurrente consigne el párrafo o párrafos del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil que lo ampara y el concepto en que se estima producida la infracción que se denuncia.

SENTENCIA 1 DICIEMBRE 1951

Injusticia notoria por infracción de precepto legal—recurso de apelación ilegalmente admitido.

La sentencia que resuelve sobre el fondo en un recurso de apelación ilegalmente admitido (al faltar la consignación exigida por el artículo 1.566 LEC), da lugar a recurso fundado en la causa 3.ª del artículo 173 LAU.

CONSIDERANDO: Que por disposición del artículo 180 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la de Enjuiciamiento civil es subsidiariamente aplicable en materia de procedimiento.

CONSIDERANDO: Que el artículo 1.566 de la última prohíbe, en los juicios sobre resolución de arrendamiento, admitir al demandado, en ningún caso, el recurso de apelación si al interponerlo no acredita tener satisfechas las rentas debidas o no las consigna en el Juzgado.

CONSIDERANDO: Que el demandado, al interponer su recurso de apelación, no cumplió tal requisito, por lo que transcurrido el plazo concedido para interponerle, sin haberlo utilizado legalmente, la sentencia de primera instancia quedó de derecho consentida y pasada en autoridad

de cosa juzgada, sin necesidad de declaración sobre ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Que en la sentencia recurrida, al resolver, conociendo de una sentencia firme, en virtud de un recurso de apelación ilegalmente admitido, se infringió el citado artículo 1.566 por no haberla aplicado al caso, infracción que acusada como causa segunda del recurso, debe dar lugar a éste, como tercera del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

FALLO.—Ha lugar. Se revoca la sentencia de la Audiencia y se confirma la sentencia (contraria) del Juzgado.

SENTENCIA 4 DICIEMBRE 1951

Beneficio de pobreza—apreciación de sus requisitos—control en casación.

La apreciación de las circunstancias determinantes del beneficio de justicia gratuita es discrecional del juzgador, y no puede ser combatida en casación sino por la vía del número 7.º del artículo 1.692 LEC, acreditando error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba.

SENTENCIA 7 DICIEMBRE 1951

Beneficio de pobreza—requisitos de la demanda—expresión de la clase de acción para la que se solicita.

Para que pueda prosperar una demanda de pobreza, es indispensable que se exprese en el escrito, mediante el cual se promueve, la acción que va a ejercitarse en el pleito principal.

SENTENCIA 11 DICIEMBRE 1951

Compraventa mercantil—lugar de cumplimiento.

El lugar de entrega de la cosa es, si no se prueba lo contrario, la localidad desde la que se remitió a porte debido, o, si esto no consta, el lugar donde el vendedor tiene su establecimiento.

Compraventa mercantil sobre muestras o determinando género conocido en el comercio—lugar de cumplimiento.

Las ventas a que se refiere el artículo 327 C. d. c. no son condicionadas, y no debe presumirse que la entrega de la mercancía se hizo en el domicilio del comprador.

SENTENCIA 11 DICIEMBRE 1951

Competencia territorial—reclamación del saldo final de unas relaciones comerciales.

Cuando se reclama el saldo final de una cuenta comercial entre demandante y demandado, es fuero competente el del domicilio de este último y no el del lugar de cumplimiento de una de las compraventas integrantes de la relación comercial.

SENTENCIA 11 DICIEMBRE 1951

Prueba de testigos—valoración en caso de testigos tachados.

No se da el recurso de casación contra la valoración de la prueba testifical hecha por los Tribunales en uso de la facultad que les confieren los artículos 1.248 C. c. y 659 LEC, estén o no comprendidos los testigos en el artículo 660 LEC o en las excepciones del artículo 1.247 del Código civil.

SENTENCIA 14 DICIEMBRE 1951

Compraventa civil—resolución por incumplimiento.

Procede la acción resolutoria del artículo 1.124 C. c. cuando la vendedora demandante incumplió deliberadamente la estipulación según la cual, para que las máquinas objeto de la venta se entendieran entregadas al comprador y éste quedara obligado a pagar el precio, habían de funcionar a la perfección y producir los materiales que fabricaran en la cantidad y calidad convenidas.

SENTENCIA 14 DICIEMBRE 1951

Injusticia notoria por error en la apreciación de la prueba—documento auténtico—valor de las fotografías.

Unas fotografías sin garantía alguna de haber sido tomadas en los lugares a que se refiere el litigio no constituyen la prueba documental que pueda fundar un recurso de injusticia notoria.

SENTENCIA 17 DICIEMBRE 1951

Obligaciones a plazo—prolongación del plazo.

La obligación cuyo plazo transcurre sin ser cumplida no puede considerarse nuevamente aplazada si no se conviene expresamente o así resulta del contrato.

SENTENCIA 17 DICIEMBRE 1951

Arrendamiento de local de negocio—permiso limitado de subarrendar (1).

Injusticia notoria por infracción de precepto legal—infracción de normas relativas a la valoración de la prueba.

El recurso por error de derecho en la apreciación de la prueba ha de ampararse en la causa 3.ª, y no en la causa 4.ª, del artículo 173 LAU.

SENTENCIA 17 DICIEMBRE 1951

Casación por error de derecho—alegación de las normas sobre valoración de la prueba infringidas.

El recurso de casación por error de derecho ha de mencionar las normas relativas a la apreciación de la prueba que hayan sido inestimadas o violadas.

SENTENCIA 17 DICIEMBRE 1951

Resolución del arrendamiento urbano por obras no consentidas—determinación del concepto de alteración en la configuración del inmueble.

Como el concepto de configuración del artículo 149, causa 5.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos no está definido de una manera genérica o abstracta por ninguna norma legal, habrán de tenerse en cuenta en cada caso concreto las circunstancias que en él concurren para determinar si, dada la naturaleza y principales características de la cosa arrendada, se ha producido o no variación en la configuración de la misma.

Injusticia notoria por infracción de precepto legal—incongruencia—cuándo existe.

La incongruencia ha de deducirse, no de los razonamientos que sirven de base a la sentencia, sino de la parte dispositiva de la misma puesta en relación con las pretensiones concretas de las partes.

SENTENCIA 17 DICIEMBRE 1951

Prueba de presunciones—impugnación en casación de sus resultados.

Para impugnar en casación los resultados de la prueba de presunciones, es preciso destruir los hechos fundamento de la presunción, apo-

(1) La sentencia no contiene al respecto doctrina legal que pueda generalizarse.

yándose en el artículo 1.692, 7.º, LEC, o bien demostrar que las deducciones hechas por el juzgador de instancia son absurdas o ilógicas.

Casación por infracción de ley—preceptos alegables como infringidos.

El artículo 1.214 C. c. es un precepto genérico cuya cita en casación es inoperante, a menos que se viole la norma en él establecida sobre la carga de la prueba.

SENTENCIA 20 DICIEMBRE 1951

Injusticia notoria por infracción de precepto legal—infracción de normas sobre valoración de la prueba.

La infracción del artículo 1.225 C. c., como norma relativa a la valoración de la prueba, ha de invocarse al amparo de la causa 3.ª, y no de la causa 4.ª del artículo 173 LAU.

Injusticia notoria por error en la apreciación de la prueba—impugnación de la apreciación conjunta.

No cabe deducir de un elemento aislado de prueba lo contrario de lo establecido por la Sala, cuando ésta se apoyó en la apreciación conjunta de diversos elementos de justificación.

SENTENCIA 21 DICIEMBRE 1951

Casación de resoluciones de las Audiencias en periodo de ejecución de sentencia—cuándo procede.

De acuerdo con el artículo 1.695 de la LEC, hay lugar al recurso de casación cuando el auto dictado por la Audiencia para la ejecución de la sentencia mantiene la situación de hecho anterior al pleito, en contradicción con el estado de derecho que ha de imponerse mediante aquella ejecución.

SENTENCIA 22 DICIEMBRE 1951

Beneficio de pobreza—requisitos de la demanda—expresión de la clase de acción para la que se solicita.

La demanda de pobreza interpuesta antes de la principal debe expresar la clase de acción que se pretende ejercitar después, porque así se desprende del artículo 28 en relación con el artículo 524, párrafo 2.º, LEC, y además, de los artículos 20, 21 u 35 de la misma Ley procesal, conforme

a los cuales la declaración de pobreza no se concederá más que para litigar derechos propios, deberá solicitarse del Tribunal competente para conocer del pleito en que se trate de utilizar ese beneficio, y no podrá utilizarse en pleito diferente si a ello se opone el colitigante.

AUTO 31 DICIEMBRE 1951

Casación por infracción de ley—resoluciones no recurribles—resoluciones incidentales en juicio ejecutivo.

La exclusión del acceso a la casación que se hace del juicio ejecutivo conforme al artículo 1.689, párrafo 2.º, en relación con el párrafo 1.º del 1.690 y el 1.694, todos ellos de la LEC, se extiende, según constante jurisprudencia, a los incidentes que se promuevan en juicios de tal naturaleza.

SENTENCIA 31 DICIEMBRE 1951

Fincas sometidas a la LAU.

Aunque la finca arrendada esté enclavada en un núcleo urbano no puede considerarse incluida en el ámbito de aplicación de la LAU si no reúne las características de local de negocio, como ocurre con un solar dedicado a viveros y árboles.

Injusticia notoria—cauce de impugnación de la incongruencia.

La incongruencia no afecta a las formalidades esenciales del juicio, por lo que su falta no puede dar lugar al recurso de injusticia notoria amparado en la causa 2.ª del artículo 173 LAU.

Injusticia notoria por infracción de precepto legal—incongruencia—cuándo existe.

La incongruencia no hay que deducirla de los razonamientos que sirven de base a la sentencia, sino de la parte dispositiva de la misma puesta en relación con las pretensiones de los litigantes.

Injusticia notoria—cauce de impugnación de las declaraciones de hecho.

Las declaraciones de hecho deben ser impugnadas al amparo de la causa 4.ª del art. 173 de la LAU, y no de la 3.ª

ANTECEDENTES.—Véase el segundo considerando. Ambas sentencias de instancia desestiman la demanda de retracto arrendaticio.

MOTIVOS.—1) Amparado en la causa 2.^a del art. 173 de la LAU, por cuanto en el escrito de contestación no se alegó la excepción de que la finca fuese rústica.

2) Amparado en la causa 3.^a del art. 173 de la LAU por violación del art. 2.^o de la Ley de 15 de marzo de 1935, del art. 1.^o del Reglamento de 29 de abril de 1935, del art. 21 de la Instrucción de 10 de septiembre de 1917, la R. O. de 12 de junio de 1926 y el art. 82 del D. de 25 de enero de 1945 y la doctrina contenida en las SS. de 3 de julio de 1903, 14 de diciembre de 1905 y 1 de diciembre de 1927, el art. 1.^o de la Ley de 15 de marzo de 1935 y la sentencia de 8 de mayo de 1944, el art. 3.^o de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el 1.^o de dicha ley y el 10, 114 y disposición transitoria 27 de la misma, el art. 326, caso segundo del Código de comercio y el art. 85 del mismo Cuerpo legal. Inaplicación del art. 5.^o de la LAU, del art. 13 de la misma ley y de la doctrina contenida en las sentencias de 8 de enero de 1945 y 20 de diciembre de 1947.

3) Amparado en la causa 4.^a del art. 173 de la LAU por error en la apreciación de la prueba acreditado por la documental y pericial que obra en autos.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso se ampara en la causa segunda del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos —quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio cuando hubieren producido indefensión—, sosteniéndose por el recurrente que existe incongruencia entre las pretensiones de las partes y la sentencia recurrida en cuanto hallándose aquéllas conformes en que la finca no podría ser conceptuada como rústica, la sentencia la considera así, fundándose en ello para desestimar la demanda; pero como la congruencia no es un concepto que afecte a ninguna formalidad esencial del procedimiento, sino que tiene carácter sustantivo, y por eso su falta da lugar al recurso de casación por infracción de Ley—artículo 1.692, segundo de la Ley de Enjuiciamiento civil—, ello sería bastante para desestimar el primer motivo del recurso; pero entrando en su examen se llega a la conclusión de que tal incongruencia no se da porque la razón fundamental de la demanda es que constituyendo la finca arrendada en local de negocio, el demandante puede ejercitar la acción de retracto al amparo del artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y la sentencia desestima tal acción por entender que la finca en cuestión no reúne los caracteres que el local de negocio asigna el artículo 1.^o de dicha Ley, y aunque uno de los argumentos empleados en la sentencia sea el que la finca por venir tributando como rústica y por dedicarse al cultivo de plantas y flores tiene tal consideración, aunque en realidad esta calificación no le venga por razón de su situación en núcleo urbano, ello no constituye la incongruencia denunciada por ser tal argumento uno de los varios y no el fundamental que la sentencia tuvo para desestimar la demanda, y es doctrina reiterada de este Tribunal que la incongruencia no hay que deducirla de los razonamientos que sirven de base a una sentencia, sino de la parte dispositiva de la misma puesta en relación con las pretensiones de los litigantes, y por eso la sentencia recurrida que absuelve de la demanda a los demandados resulta perfectamente congruente con la pretensión por ellos formulada.

CONSIDERANDO: Que el título que sirve de fundamento a la acción de

retracto arrendaticio ejercitada por el demandante en el contrato que se formalizó en el documento privado de primero de julio de 1942, por virtud del cual se arrendó un solar situado en el barrio de la Prosperidad, de esta capital, que habría de dedicarse a vivero de árboles y plantas, con absoluta exclusión de cualquier otro uso o destino, sin que pudiera el arrendatario establecer viviendas ni instalar comercio o industria de clase alguna ni construir edificaciones excepto las casillas provisionales que necesitase para encerrar útiles o herramientas de su propiedad, y fundada en tal contrato y en el resto de la prueba, la Sala sentenciadora declara que la finca arrendada es una gran extensión de terreno para el cultivo de plantas y flores; viveros e invernaderos, con una casilla o caseta mal construída para el guarda, y sin que tal terreno pueda considerarse como edificio habitable ni se ejerza en el mismo actividades industrial ni comercial, y como para que una finca urbana pueda conceptuarse como local de negocio a los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es necesario, conforme al artículo 1.º de la misma, que constituya una edificación habitable cuyo destino primordial no sea la vivienda, y que se ejerza en ella con establecimiento abierto una actividad industrial o comercial, circunstancias que según la sentencia recurrida no concurren en la finca arrendada; resulta evidente que el contrato en que el actor intenta fundar su derecho al retracto arrendaticio establecido por la Ley de Arrendamientos Urbanos, está fuera del ámbito de dicha Ley, y al declararlo así la sentencia recurrida interpreta rectamente y aplica debidamente el expresado artículo, sin que sus declaraciones respecto a que la finca arrendada no constituye una edificación habitable, y a que no se ejerza en ella comercio o industria, como declaraciones de hecho que son, puedan ser impugnadas en otra forma que al amparo de la causa cuarta del artículo 173 de la Ley citada, pero no el de la tercera, como hace el recurrente, tratando de sustituir el criterio de la Sala sentenciadora por el propio, y haciendo supuesto de la cuestión debatida e intentando demostrar, además, que la finca, arrendada por hallarse enclavada dentro de un núcleo urbano, tiene el carácter de finca urbana, pero aunque dicha afirmación sea exacta, ella no basta por sí sola para considerar dicha finca como local de negocio mientras no concurren los demás requisitos que para atribuirle tal carácter exige el repetido artículo 1.º de la citada Ley, por lo que procede la desestimación del segundo motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que el tercer motivo del recurso se ampara en la causa cuarta del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, estimándose por el recurrente como manifiestos errores en la apreciación de las pruebas documental y pericial obrantes en los autos la calificación de rústica que la sentencia recurrida atribuye a la finca en cuestión, y al no conceptuarla como local de negocio; pero el que haya que considerar a tal finca como urbana, conforme acreditan los documentos citados por el recurrente, en nada puede influir en el fallo mientras no se justifique que en tal finca urbana existe un local de negocio con las características que tales locales han de tener, conforme al artículo 1.º de la Ley citada, y que tal local de negocio exista no lo prueba ni el dictamen pericial

ni ninguno de los documentos que el recurrente cita, por los cuales si bien se demuestra que el recurrente tiene una tienda dedicada a la venta de plantas y flores en la calle de Goya, a cuyo establecimiento pueda convenirle el calificativo de local de negocio, no sirve para justificar que el solar dedicado a viveros y árboles, objeto del contrato base de la acción tenga tal carácter, por lo que asimismo procede desestimar el tercer motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 2 ENERO 1952

Reposición de cuentas bancarias expoliadas.

En aplicación del párrafo segundo del artículo 4.º de la Ley de 12 de diciembre de 1942, se deben reputar firmados por intimidación o violencia, salvo prueba en contrario, los efectos o documentos suscritos por personas que estuvieran detenidas por sus ideales patrióticos, en el momento de extenderlos o negociarlos, y no debe importarse al respecto que dicha detención se hubiese o no realizado con las formalidades que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SENTENCIA 2 ENERO 1952

Mandato—carácter mancomunado de las obligaciones del mandatario en caso de pluralidad de mandantes.

En caso de pluralidad de mandantes, las obligaciones del mandatario respecto de éstos tienen carácter mancomunado, de acuerdo con el artículo 1.137 C. c., no pudiendo deducirse solución contraria de lo preceptuado en el artículo 1.731 C. c.

Legitimación—de un acreedor mancomunado simple.

En caso de mancomunidad simple, un acreedor no está legitimado para exigir, prescindiendo de los otros coacreedores, el cumplimiento de las prestaciones debidas.

Casación por infracción de ley—resoluciones no recurribles—resoluciones que constituyen o dejan sin efecto el embargo preventivo.

Según reiterada jurisprudencia, las resoluciones que decretan, alzan o dejan sin efecto el embargo preventivo carecen del carácter de definitivas, a efectos de la casación.

ANTECEDENTES.—El demandante y un tercero, de una parte, y el demandado, de otra, celebraron un contrato en el que se establecía que este último debía elaborar por cuenta de aquéllos una determinada cantidad de vino, para cuya elaboración adquiriría la uva necesaria, comprometiéndose los primeros a poner a su disposición los fondos necesarios para adquirirla. Incumplido el contrato, uno de los coacreedores demandó ante el Juzgado exigiendo el cumplimiento íntegro de la prestación debida. El Juzgado estimó la demanda y, apelada la sentencia, fué revocada por la Audiencia.

CONSIDERANDO: Que para el examen del presente recurso procede partir de los siguientes extremos de hecho, admitidos como ciertos por los litigantes:

A) El contrato cuyo cumplimiento se pretende fué celebrado, de una parte, por el recurrente G. y don M. Z., conjuntamente, y, de otra parte, por la recurrida, la cual se obligó a elaborar una determinada cantidad de vino por cuenta de aquéllos en las condiciones que el contrato señala y mediante el pago del precio que se fijó y que había de ser satisfecho en los términos estipulados, contrato el de referencia, que el recurrente califica de comisión.

B) En el repetido contrato no aparece pactado que cada uno de los señores G. y Z. tuviese facultad de exigir íntegramente por sí solo el cumplimiento de las prestaciones ni la total entrega de las cosas objeto del mismo.

CONSIDERANDO: Que el recurrente, fundándose en que dicho contrato es de comisión y que ésta constituye una forma del mandato, sostiene en los motivos cuarto y quinto del recurso que así como, con arreglo al artículo 1.731 del Código civil, cuando dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común le quedan obligados solidariamente, debe entenderse que, de la misma manera, cualquiera de los mandantes puede exigir íntegramente del mandatario las prestaciones debidas, doctrina manifiestamente errónea y que se halla en pugna con la terminante disposición contenida en el artículo 1.137 del citado Código, a cuyo tenor la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de ellos tenga derecho a pedir ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma, y que sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria; de donde se sigue que aun llegando a admitir, como en el recurso se sostiene, que el indicado contrato pudiese ser estimado como de comisión, carece el recurrente de la facultad de exigir, prescindiendo de su coacredor, el cumplimiento de las prestaciones debidas, que no consta correspondan exclusivamente a él, porque como declaró la sentencia de esta Sala de 10 de enero de 1945, confirmando doctrina establecida en las de 24 de octubre de 1899 y 21 de febrero de 1913, es requisito indispensable para el éxito de la demanda que los litigantes estén legitimados para actuar en el pleito, el actor porque le pertenece el derecho que reclama y el demandado porque está obligado a reconocerlo y hacerlo efectivo, pues los únicos derechos que deben ser declarados en la sentencia son los que afectan a

los litigantes, no a personas que no han sido parte en el pleito, aunque los litigantes lo pretendan, siguiéndose como consecuencia de lo expuesto que no cabe prevalezcan dichos motivos; y desestimados los mismos, se hace innecesario entrar en el examen de los invocados bajo los números primero, segundo y tercero del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 2 ENERO 1952

Procedimiento en materia de reclamaciones bancarias—intervención de Letrado.

La Ley de 12 de diciembre de 1942 sobre Reclamaciones Bancarias, aunque para la tramitación de sus expedientes se remite a los artículos 681 al 700 de la LEC, no establece que deban los interesados, necesariamente comparecer asistidos de Letrado, excepto para interponer el recurso de revisión.

SENTENCIA 4 ENERO 1952

Recurso de revisión en materia de reclamaciones bancarias—por error en la apreciación de la prueba.

El error evidente al apreciar la prueba practicada en el juicio da lugar al recurso de revisión, conforme a lo dispuesto en el art. 21 de la Ley de 12 de diciembre de 1942.

SENTENCIA 7 ENERO 1952

Compraventa mercantil—lugar de cumplimiento.

Al estipularse que mediante la orden de entrega de la mercancía, efectuada en el acto de contratar, quedaría el comprador como dueño de la misma, debe ser competente el Juzgado del lugar en que se contrató, aunque dicha mercancía se hallase en otro diverso.

Competencia territorial—compraventa mercantil—significado del giro de letras.

Cuando se pacta que el cobro se hará por medio de letras de cambio, y en el pleito se discute la modificación de las condiciones referentes al precio, hay que atenerse al lugar de cumplimiento de la letra para determinar la competencia.

SENTENCIA 7 ENERO 1952

Casación por infracción de ley—requisitos—impugnación de todos los fundamentos del fallo.

No procede casar el fallo recurrido si, impugnado por varios de sus fundamentos, no se impugna por otros que bastan por sí solos para mantener su eficacia.

SENTENCIA 8 ENERO 1952

Competencia territorial—acción reclamando el otorgamiento de escritura pública.

La acción que reclama el otorgamiento de escritura pública es personal, y no mixta, aunque afecte a bienes inmuebles; por lo tanto, es competente para conocer de ella, en defecto de sumisión o de predeterminación del lugar de cumplimiento, el Juez del domicilio del demandado.

AUTO 8 ENERO 1952

Casación por infracción de ley—resoluciones no recurribles—resoluciones de mero trámite.

La resolución disponiendo la celebración de la Junta de acreedores para la designación de los síndicos de una quiebra, es de mero trámite, no siendo susceptible de recurso de casación.

AUTO 10 ENERO 1952

Casación—inadmisión por insuficiencia de representación en el recurrente.

No es admisible el recurso de casación interpuesto por el administrador general de una Sociedad, cuando del poder con que trata de justificar su personalidad no resulta que comprenda la facultad de representarla ante los Tribunales.

SENTENCIA 10 ENERO 1952

Competencia territorial—acción cambiaria.

Por aplicación del artículo 62, 1.º, LEC, es juez competente para conocer de las acciones personales derivadas de la letra de cambio, el del lugar en que ha sido domiciliada, y en el que, por lo tanto, debe ser pagada.

SENTENCIA 10 ENERO 1952

Prenda de valores—supervivencia de la relación pignoratícia en caso de embargo.

El embargo, decretado a instancia del Banco, de unos valores constituidos como garantía pignoratícia de un crédito que dicho Banco había concedido, no determina el fin de la relación de prenda, por lo que, alzado el embargo, puede el Banco promover la venta de los valores conforme a lo estipulado en la póliza de crédito.

Juicio sumario ejecutivo y juicio ordinario posterior—relaciones entre ambos.

En el juicio ordinario, que conforme al art. 1.479 LEC pueden incoar los que fueron parte en un juicio ejecutivo, solamente puede discutirse el fondo del asunto, esto es, la existencia de la obligación generadora de la acción ejecutiva; pero no la validez del acuerdo judicial alzando el embargo a instancia del acreedor.

SENTENCIA 12 ENERO 1952

Disposición transitoria segunda de la LAU—requisitos para la continuación del subarriendo.

La disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos representa una excepción al régimen establecido por la Ley, pero la protección que atribuye a los subarrendatarios presupone siempre la subsistencia del arrendamiento inicial de que el subarriendo depende.

ANTECEDENTES.—El dueño de unos almacenes había intentado la resolución del arrendamiento de los mismos por haberse subarrendado sin su conocimiento. Por diversas causas no había progresado su pretensión. Muerto el arrendatario, su hermano pretende continuar en el arrendamiento y mantiene el subarriendo. El dueño solicita que se declare la extinción del contrato de arrendamiento y, por tanto, también del subarriendo. El Juzgado estima la demanda y la Audiencia revoca la sentencia parcialmente, absolviendo del desahucio al subarrendatario.

MOTIVO.—Único. Violación de la disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

CONSIDERANDO: Que entrando en el examen de la primera de las dos cuestiones fundamentalmente suscitadas en el pleito: si la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Gerona, en 7 de octubre de 1947, que desestimó la demanda de resolución de contrato formulada por los demandantes actuales contra el arrendatario por subarriendo in-consentido de los locales arrendados, al entonces subarrendador, y celebrado

por éste con el hoy demandado, que no lo fué en el citado procedimiento, permite plantear de nuevo la cuestión, así resulta en el juicio seguido con el arrendatario, hay que resolver dicha cuestión negativamente, porque dada la subordinación del subarriendo al contrato de arrendamiento de que dimana, y no siendo forzoso demandar al subarrendatario en el procedimiento seguido por resolución de contrato por la expresada causa, según tiene declarado esta Sala, es evidente que lo fallado en aquel juicio obliga a subarrendador y subarrendatario, por lo que no es lícito a ninguno de ellos suscitar de nuevo tal cuestión en otro litigio sobre resolución de contrato.

CONSIDERANDO: Que respecto de la segunda, o sea del alcance de la disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y más concretamente de la inteligencia que haya de darse a la misma en caso de cesación del arrendamiento por un motivo legal, fallecimiento del arrendador sin dejar ninguna de las personas que pueden sucederle en el arriendo, ya en el sentido de que ocurrido este acontecimiento cesa automáticamente el subarriendo, tesis del actor y recurrente; ya en el sentido de que el subarriendo prosigue indefinidamente, sean cuales fueran las vicisitudes que sufra el contrato de arrendamiento, interpretando así los términos "hasta que cambie la persona del subarrendatario", empleados por la Ley; tesis del demandado, hay que tener presente que la disposición transitoria segunda aludida representa una excepción al régimen establecido por la Ley abriendo, como dice el preámbulo: "un paréntesis que evite desahucios en masa por subarriendo, que aunque no expresamente consentidos por el dueño fueron tolerados por lo menos desde los seis meses anteriores a la pública discusión de la Ley, protegiéndose también a los familiares que por su muerte (la del subarrendatario) continúen en el subarriendo; pero esta protección de los subarrendatarios y sus sucesores por una finalidad de orden público y social presuponía siempre la subsistencia del arrendamiento inicial de que el subarriendo depende, sin que quepa otorgar a éste sin expresa disposición que así lo autorice mayores derechos que los que corresponden al arrendatario sobre la cosa arrendada y, por lo tanto, como acontece en el presente caso, el arrendamiento queda resuelto no sólo por la muerte del arrendatario sin dejar personas que en tal concepto continúen el arriendo conforme a los artículos 73 y 74 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sino por resolución firme, que así lo declara: la sentencia de instancia que ha declarado extinguido por muerte del arrendatario sin persona con derecho a continuar en el contrato, y que en este particular no ha sido recurrido, no cabe tampoco estimar subsistente el contrato de subarriendo que de tal arrendamiento depende, y al no estimarlo así la sentencia objeto del presente recurso, ha infringido por interpretación errónea la disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos citada en los motivos de este recurso, procediendo, por ello, dejar sin efecto la sentencia en cuanto absuelve al subarrendatario.

FALLO.—Ha lugar. Se revoca la Sentencia de la Audiencia y se confirma la del Juzgado.

SENTENCIA 14 ENERO 1952

Resolución del arrendamiento urbano—por subarriendo no consentido—prueba del subarriendo.

Para que los Tribunales declaren la existencia de un contrato de subarriendo, no es preciso probar de manera circunstanciada y precisa las condiciones de existencia de éste (tiempo determinado y precio cierto), porque siendo el subarriendo inconscntido una de las causas de resolución del contrato de arrendamiento y hallándose interesados los que lo celebran en su ocultación, quedaría ineficaz tal causa si la demostración concreta de dichas circunstancias fuera exigida.

Prueba de presunciones—impugnación de sus resultados.

Para que la prueba de presunciones pueda ser eficazmente impugnada, es preciso demostrar la falta de realidad de los hechos que la sirven de base, o que entre tales hechos y la deducción que se establece no existe enlace lógico y armónica conexión, por lo que tal deducción es absurda, ilógica e inverosímil.

Injusticia notoria por error en la apreciación de la prueba—errores imputables en esta vía.

La causa 4.ª del art. 178 de la LAU se refiere al error de hecho, pero no al de derecho.

ANTECEDENTES.—La propietaria de un inmueble pide la resolución del contrato de arrendamiento de uno de los pisos, por subarriendo no consentido. La demanda es desestimada en primera instancia, pero prospera en apelación, y los demandados interponen recurso de injusticia notoria. (Los hechos pueden verse con más detalle en los considerandos de la sentencia, recogidos a continuación.)

CONSIDERANDO: Que son hechos declarados probados por la sentencia recurrida, que el cuarto litigioso fué arrendado en 1935, para vivienda, por D. Eduardo, quien con su familia vino ocupándolo desde esa fecha y ejerciendo su profesión de médico; que en octubre de 1948 contrajeron matrimonio su pariente D. Antonio y doña María, instalándose en dicho piso; que el titular de aquel contrato arrendaticio, poco antes de la instalación dicha, trasladó su vivienda al número 19 de otra calle, donde obtuvo el alta del teléfono, siendo baja del que había disfrutado desde 1935 en su anterior domicilio, produciéndose igualmente la baja de su consulta como médico del Seguro de Enfermedad, que pasaba en este domicilio desde hacía cuatro años, aun cuando no siendo inspector podía ejercer libremente su profesión; que coincidiendo con la instalación en ese mismo domicilio del matrimonio formado por D. Antonio y doña Ma-

ría, cuyo marido era pariente del citado titular arrendaticio, se daba la circunstancia de que se habían introducido nuevos muebles respecto a los cuales no se había justificado que fueran propiedad del arrendatario; que el arrendatario había abandonado dicho domicilio en el concepto de vivienda en el que lo disfrutaba.

CONSIDERANDO: Que del conjunto de hechos que queda expresado deduce la Sala sentenciadora la existencia de un contrato de subarriendo celebrado entre D. Eduardo como subarrendador y D. Antonio como subarrendatario, y esta presunción, que es de las llamadas judiciales o lógicas para diferenciarlas de las establecidas por la ley para determinados casos, constituye una prueba cuya apreciación conforme a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal, sólo puede ser eficazmente impugnada demostrando la falta de realidad de los hechos que la sirven de base, lo que no se ha intentado por el recurrente, o que entre tales hechos y la deducción que se establece no existe enlace lógico y armónica conexión, y que tal deducción es absurda, ilógica o inverosímil, pero como estas circunstancias no se dan en la conclusión deducida por la Sala, antes por el contrario existe un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, entre los hechos demostrados de que queda hecho mérito y el que se deduce por dicho Tribunal—artículo 1.253 del Código civil—, resulta que no se ha cometido error ninguno en la apreciación de la prueba, y caso de haberse cometido tampoco podría ser impugnada al amparo de la causa cuarta del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por que tal causa, que exige que el error se acredite por la prueba documental o pericial, se refiere, como ha declarado reiteradamente esta Sala, al error de hecho, pero no al de derecho, que es el que el recurrente denuncia.

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que son condiciones para la existencia del subarriendo un tiempo determinado y un precio cierto, no lo es menos que para que los Tribunales lleguen a declarar la existencia de tal contrato no es necesario que tales condiciones se prueben de una manera circunstanciada y precisa, porque siendo el subarriendo inconsciente una de las causas de resolución del contrato de arrendamiento y hallándose interesados los que lo celebran en su ocultación, quedaría ineficaz tal causa si la demostración concreta de tales circunstancias fuera exigida, bastando con la presunción de su existencia, y como ésta se ha demostrado en la litis, así como la falta de autorización del arrendador para su celebración, resulta que concurre la causa de resolución del contrato establecida por el artículo 149, número segundo, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no pudiendo invocar los recurrentes en su favor el artículo 27 de la expresada Ley que autoriza la convivencia con el inquilino hasta de dos personas extrañas a su familia, porque en el caso actual tal convivencia no existe.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 15 ENERO 1952

Compraventa mercantil—lugar de cumplimiento.

Las mercancías se presumen entregadas en el establecimiento del vendedor.

Competencia territorial—principio de prueba.

A efectos de competencia, constituyen suficiente principio de prueba de la compraventa mercantil la nota de pedido suscrita por el agente intermediario y el pago parcial de la mercancía recibida, que resulta acreditado por los documentos que obran en autos.

SENTENCIA 19 ENERO 1952

Presunción de subarriendo.

Es legítimamente deducible la existencia de un subarriendo de local de negocio del hecho de hallarse al frente del mismo el presunto subarrendatario, sirviéndose a su nombre los pedidos para el establecimiento.

ANTECEDENTES.—El demandante, como dueño, y la demandada, como arrendataria, suscribieron un contrato de arrendamiento de local de negocio en una de cuyas cláusulas se prohibía terminantemente el subarriendo del mismo. Habiendo conocido el dueño la celebración de un contrato de este tipo entre la arrendataria y un tercero, interpuso ante el Juzgado demanda de desahucio, que fué denegada por el Juez al estimar las alegaciones de la demandada en el sentido de que el pretendido subarrendatario no era más que un encargado o factor mercantil. La Audiencia revocó la sentencia, dando por probada la existencia del subarriendo, interponiéndose recurso de injusticia notoria por el siguiente

MOTIVO.—Unico. Error manifiesto en la apreciación de la prueba, al amparo del artículo 173, apartados 3.º y 4.º LAU, en relación con el artículo 1.253 C. c.

CONSIDERANDO: Que la sentencia de la Audiencia objeto del presente recurso, da como probada la existencia de un subarriendo concertado entre la arrendataria y el actual ocupante del local de negocios arrendado, demandados ambos en el pleito, con evidente infracción de lo dispuesto en la cláusula segunda de los contratos que se acompañan a la demandada y que exige para subarrendar la autorización escrita del arrendador, y por ellos la única cuestión que se plantea se limita a decidir si al estimar acreditado el subarriendo incurrió la Sala en error de derecho infringiendo el artículo 1.253 del Código civil, principal cita legal que contiene el único motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que según reiterada jurisprudencia de esta Sala so-

bre el particular, de dos modos puede combatirse la presunción *ad hominem* establecida en instancia por los Juzgadores: impugnado los derechos de que parte el Tribunal para establecer su deducción, en este caso aquellos de los que infiere la existencia del subarriendo, lo que no se verifica en el caso de autos de modo adecuado, o demostrando la falta de enlace lógico según las reglas del criterio humano entre los hechos que sirven de base a la presunción y la deducción que de ellos hace el Tribunal, lo que tampoco se verifica con éxito porque, por el contrario, de los hechos que razonadamente expone la Sentencia en sus Considerandos viene a inferirse la realidad del subarriendo, ya que la circunstancia de hallarse al frente del local el presunto subarrendatario, de servirse pedidos para el establecimiento a su nombre y hasta del hecho de haber procurado la arrendataria recuperar el local ejecutando a la misma la sociedad de que forma parte su marido por un crédito contra la demandada, procedimiento que motivó una tercería de dominio y una querrela criminal por parte del subarrendatario que fueron desistidos posteriormente, al parecer, al darse cuenta subarrendadora y subarrendatario de la demanda de resolución del contrato que podía formular el dueño del local arrendado, se deduce la legitimidad de la presunción de subarriendo en que se funda la Sala, sin que a ello obsten algunos elementos probatorios aducidos de contrario, máxime cuando tratándose de contratos que los interesados han de procurar lógicamente mantener secretos no es dable exigir una prueba documental directa, como ya tiene establecido esta Sala en casos análogos, procediendo por ello la desestimación del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 19 ENERO 1952

Arrendamiento urbano—finca reconstruida.

Tanto el artículo 3.º de la Ley de 7 de mayo de 1942 como el artículo 155 LAU, reputan nuevas las fincas cuya reconstrucción haya exigido obras de importe superior al 50 por 100 de su valor, sin más diferencia entre ambos preceptos legales que el haber precisado el segundo, como valor, el asignado a efectos fiscales, y la deducción obligada del valor del solar.

SENTENCIA 21 ENERO 1952

Recurso de revisión—por falsedad de documentos declarada judicialmente—cómputo del plazo de interposición.

El cómputo de los tres meses concedidos por el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento civil para interponer el recurso de revisión fundado en el número 2.º del artículo 1.796 de la misma Ley, debe hacerse a partir de la fecha en que fué comunicada la sentencia en que se declaró

la falsedad del documento, y no desde la fecha a que se retrotrae su firmeza, pues lo contrario sería acortar, sin razón legal, el plazo concedido para que el interesado pueda reflexionar sobre la conveniencia de interponer el recurso y prepararlo debidamente.

SENTENCIA 21 ENERO 1952

Competencia territorial—sumisión expresa—requisitos.

El pacto por el que se acuerda que para conocer del incumplimiento de un contrato de compraventa será competente el Juzgado A cuando el incumplimiento fuese imputable al comprador, o el B cuando incumpliese el vendedor, no tiene la significación jurídica de sumisión expresa, a efectos de competencia, pues no se ha hecho como renuncia clara y terminante del fuero propio, ni se ha designado con toda precisión el Juez al cual los interesados se someten, ya que el evento a que se condiciona la prórroga no puede ser apreciado en el trámite previo de la cuestión de competencia.

AUTO 22 ENERO 1952

Casación—resoluciones no recurribles—auto que desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción.

No es definitivo, y, por tanto, no es susceptible de recurso de casación, el auto que desestima la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia.

SENTENCIA 25 ENERO 1952

Principio de los actos propios—significado.

El principio de los actos propios supone la renuncia consciente de un derecho.

Resolución del arrendamiento urbano—por ejercicio de industria notoriamente incómoda—arrendatarios con derecho a pedirla.

La resolución del contrato de arrendamiento del inquilino que ejerce en la finca una industria notoriamente incómoda para los demás (art. 149, 6.º, LAU), puede pedirla también el arrendatario cuyo contrato es posterior a la existencia de dicha industria.

Resolución del arrendamiento urbano—irretroactividad de las causas establecidas en la vigente Ley—alcance.

La disposición transitoria 13 de la LAU no impide aplicar las causas de resolución del arrendamiento establecidas en el capítulo XI a situaciones comenzadas antes de la vigencia de la nueva Ley, pero que continuaron después de ella.

Injusticia notoria por error en la apreciación de la prueba.—documento auténtico—valor del reconocimiento judicial.

El reconocimiento judicial no reviste el carácter de prueba documental, y no puede, por lo tanto, fundar un recurso de injusticia notoria por error en la apreciación de la prueba.

ANTECEDENTES.—El propietario de un inmueble pide la resolución del arrendamiento de unos locales destinados a imprenta y litografía, por solicitarlo así la mayoría de los inquilinos, que estiman notoriamente incómoda dicha industria. El Juzgado absuelve de la demanda, pero la Audiencia la estima, y el demandado recurre por injusticia notoria. (Los hechos pueden verse en los Considerandos.)

CONSIDERANDO: Que si el recurso de injusticia notoria por infracción de precepto o doctrina legal consiste en el *error de jure* que en la aplicación de las normas preestablecidas haya podido cometer el juzgador, no es dable desconocer la improcedencia de la tesis sustentada por el recurrente en el motivo segundo al amparo de la causa tercera de la Ley de Arrendamientos Urbanos; en primer lugar, porque la Sala, para estimar la demanda, no obstante admitir que los inquilinos ocuparon los pisos cuando ya estaba instalada la industria referida, se fundó en que la causa sexta del artículo 149, a diferencia de la séptima, no hace distinción alguna a este respecto, sin que tal apreciación jurídica haya sido impugnada; y, en segundo término, porque aun en el supuesto de que el carácter que el artículo 11 de la Ley asigna a los beneficios otorgados a los inquilinos de vivienda fuera compatible con la doctrina legal de la imposibilidad de ir contra los propios actos, es bien sabido que, para la debida aplicación de tal principio, exige la jurisprudencia que tengan aquéllos significación y eficacia jurídica contrarias a la acción intentada, revelando una renuncia consciente del derecho, que ni legal ni lógicamente puede inducirse del hecho de arrendarse un inmueble, en el que se halla establecida una industria cuya notoria incomodidad puede no advertirse al tiempo y aun después de concertarse el arrendamiento.

CONSIDERANDO: Que tampoco ha incidido el Tribunal de instancia en la infracción de la disposición transitoria 13, en relación con la causa 6.ª del artículo 149; porque aunque es cierto que dicha disposición priva de efectos retroactivos a las causas de resolución taxativamente determinadas en el antecitado precepto, ha de entenderse, rectamente interpretada, que la irretroactividad en ella establecida, si bien impide aplicar la nue-

va Ley a hechos pasados, no así a los actuales y subsistentes; y como quiera que los ruidos y trepidaciones de los cuatro motores y maquinarias, instalados en el piso bajo del inmueble litigioso, se están produciendo constantemente, lejos de incidir el fallo impugnado en la infracción de las normas invocadas, las aplicó con indudable acierto, procediendo en consecuencia desestimar también este motivo.

CONSIDERANDO: Que igual suerte debe correr el cuarto, en cuanto se apoya en la infracción de la causa 6.^a del tan repetido artículo 149; porque al sostener el recurrente que sólo a los inquilinos que sufren la incomodidad corresponde solicitar la resolución del arriendo, parte del supuesto inexacto de que sólo afecta aquélla a los ocupantes de los pisos primero y segundo; como inexacta es también su tesis relativa a la falta de mayoría necesaria para que la solicitud de los inquilinos pueda ser estimada; ya que siendo éstos cinco, incluyendo al demandado, y pedida la resolución por los cuatro restantes, aunque sólo se ratificaron tres, ello basta para que la mayoría se dé, y, como consecuencia de lo expuesto, el recurso deba ser desestimado.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 26 ENERO 1952

Retracto convencional—caducidad.

Transcurrido el plazo convenido para retraer la finca vendida sin haberse ejercitado el derecho a recuperarla, se produce irremisiblemente el feneamiento del retracto convencional, y el comprador adquiere de modo irrevocable el dominio de la cosa vendida por caducidad del derecho a recuperarla, conforme a los artículos 1.507 a 1.509, en relación con el 1.158 del C. c.

SENTENCIA 29 ENERO 1952

Moratoria (Ley de 1-IV-1939)—aseguramiento de derechos.

Durante la vigencia de la moratoria, eran posibles las medidas precautorias para el aseguramiento de derechos.

Moratoria (Ley de 1-IV-1939)—efectos sobre el curso de la prescripción.

Durante la vigencia de la moratoria, podían los acreedores instar una declaración judicial de su derecho, pero como éste no podía hacerse efectivo hasta que la moratoria se alzara, quedó paralizado el curso de la prescripción.

Casación por infracción de ley—cuestiones nuevas.

No pueden introducirse en casación cuestiones nuevas, que no fueron objeto de discusión y prueba en el pleito.

ANTECEDENTES.—Los demandantes entablan acción judicial (en 1944) para reclamar el pago de una cantidad y de sus intereses. Se oponen las demandadas alegando la prescripción, ya que el débito es exigido en virtud de acción personal, y el documento en que consta está otorgado en 1925, sin que después de esa fecha exista reconocimiento alguno del mismo. Considerando suspendido el curso de la prescripción por la moratoria dictada con ocasión de la guerra civil, el Juzgado estima parcialmente la demanda, condenando al pago de la cantidad, y la Audiencia modifica la sentencia, declarando también la obligación de abonar intereses. Las demandadas recurren en casación.

CONSIDERANDO: Que no puede hacerse argumento de que pudieron los actores ejercitar esa acción en el pleito durante el curso de la guerra y la vigencia de la moratoria, como han hecho otros acreedores, en primer término porque no se ha demostrado que estuvieran en las mismas circunstancias de hecho que esos otros, y en cuanto al aspecto doctrinal de la cuestión, el artículo 1.969 del Código civil, que no habla del nacimiento de la acción, sino de su ejercicio, se inspira en el principio de que para el término de prescripción de las acciones debe computarse el tiempo en que pudieron ejercitarse, por lo que ha de entenderse que ese tiempo es en el que pudieron ejercitarse eficazmente para lograr su total efecto, que en este caso era el cobro de la cantidad adeudada, por lo cual era imposible durante la vigencia de la moratoria, o sea desde el 18 de julio de 1936 hasta el 31 de diciembre de 1942, y, por consiguiente, el no ejercitarlas en ese tiempo no supone el renunciamiento o descuido fundamento de la prescripción; ni esta teoría implica que los que en ese período reclamaron judicialmente ejercitaron la acción prematuramente antes de que naciera, en unos porque el fin inmediato que perseguían era obtener un aseguramiento de su derecho con medidas precautorias que entonces seguían siendo posibles, como viene a reconocer la sentencia de 29 de marzo de 1946, y en los demás porque la acción la reputaban nacida, pero el que no la hubieran ejercitado no hubiera implicado descuido, ya que por su falta de eficacia práctica no se podía lograr a la sazón el cobro, y como es facultativo en el deudor, según declara la sentencia de 30 de noviembre de 1943, acogerse o no a la moratoria, también lo es en el acreedor instar o no una declaración de derechos que no podían hacerse efectivos hasta que la moratoria se alzara; y tampoco supone, como pretende el recurrente, que la repetida Ley de 1939 hable de procedimientos en curso, para que dé por indiscutible que debieron entablarse durante la guerra, pues se refiere lo mismo a los incoados antes de ella que a los que facultativamente lo fueron después de empezada, por todo lo cual es evidente, sin necesidad de entrar a examinar si la prescripción fué interrumpida por gestiones particulares, que lo fué por las repetidas disposiciones legales, y no había prescrito la acción cuando se interpuso la demanda.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 5 FEBRERO 1952

Carga de la prueba (1).

SENTENCIA 7 FEBRERO 1952

Casación por incongruencia—alegación del artículo 359 de la LEC.

El motivo interpuesto al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por incongruencia entre las alegaciones y el fallo, debe citar necesariamente el artículo 359 de dicha Ley procesal.

SENTENCIA 11 FEBRERO 1952

Condominio—enajenación de la cosa común.

El artículo 404 del C. c. no faculta a cada uno de los copropietarios para enajenar la cosa común sin autorización o intervención de los demás. Cada condueño puede solamente enajenar su cuota en la comunidad, de acuerdo con el artículo 399 del C. c.

SENTENCIA 15 FEBRERO 1952

Resolución del arrendamiento urbano—irretroactividad de las causas establecidas en la vigente Ley—alcance.

Cuando el negocio peligroso para la integridad del inmueble comenzó antes de la promulgación de la vigente Ley, pero ha continuado después de ésta, procede la resolución del contrato al amparo del artículo 149, 7.º, de la LAU.

SENTENCIA 16 FEBRERO 1952

Juicio de desahucio—en caso de “rabassa morta”—cuestiones planteadas.

El juicio de desahucio se ha de concretar necesariamente, a los extremos relativos a la legitimación activa y pasiva de las partes y al transcurso del tiempo que legalmente produce la extinción de la “rabassa morta”, con exclusión de las cuestiones propias del juicio ordinario.

(1) La sentencia se limita a razonar en torno al caso concreto, y no contiene doctrina legal que pueda generalizarse.

Juicio de desahucio—en caso de “rabassa morta”—requisitos.

Es requisito indispensable para poder ejercitar válidamente la acción de desahucio prevista en el número 9 del artículo 1.656 del Código civil, que el demandado ocupe la finca objeto de la demanda como cesionario (o continuador de la cesión) de una “rabassa morta”.

ANTECEDENTES.—A dedujo ante el juzgado demanda de desahucio de finca rústica contra B, alegando haber transcurrido el tiempo que legalmente produce la extinción de un contrato que decía existir de “rabassa morta”. B se opuso aduciendo que no existía tal contrato, sino otro de censo enfiteúutico. El Juzgado estimó la demanda, y apelada la sentencia fué revocada por la Audiencia. Se interpuso recurso de casación.

CONSIDERANDO: Que comprendido en el artículo 1.656 del Código civil el contrato de “rabassa morta”, para que por sus reglas se rija como forma especial del de arrendamiento, de cuyos caracteres participa, dispone este precepto lo relativo a su extinción y otorga al cedente la acción de desahucio, sólo para el caso de cumplimiento del término del contrato, con lo que viene a excluir del juicio que con esta finalidad se insten las cuestiones que no siendo debatibles en los de su clase han de remitirse al declarativo correspondiente.

CONSIDERANDO: Que por esta razón la materia litigiosa susceptible de ser discutida y resuelta en el juicio de desahucio al que el presente recurso se refiere, se había de concretar necesariamente a los extremos relativos a la legitimación activa de la demandante, a la ocupación actual por el demandado de la finca, objeto de la demanda, como cesionario o continuador en la cesión del establecimiento de la misma de la “rabassa morta”, y al transcurso del tiempo que legalmente produce su extinción, con exclusión de cuantas cuestiones tuvieran su adecuado lugar en el juicio ordinario por no depender de ellas la determinación de los expresados extremos.

CONSIDERANDO: Que ejercitada en la demanda inicial del juicio acción de desahucio de la finca denominada “Con Marcas”, cedida a título de “rabassa morta” el 4 de noviembre de 1779 por su entonces poseedor, del que la actora trae causa, la procedencia de la demanda se había de determinar por la realidad demostrada de los requisitos que exige el artículo 1.656 del Código civil, en su relación con el 1.564 y el 1.565 de la Ley procesal, sin cuya prueba inequívoca el derecho del propietario a reintegrarse en la posesión de su heredad sólo sería ejercitable con éxito en juicio instado con acción distinta de la de desahucio; y como la Sala de instancia, haciendo la apreciación, que a la misma incumbe, de la prueba practicada, estima que es dudoso que el demandado esté en posesión de la heredad objeto del desahucio, lo que equivale a entender que no está justificada la ocupación de la misma por aquél, la falta de concurrencia cierta de este requisito, necesario en el caso debatido, basta para mantener el fallo recurrido.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 16 FEBRERO 1952

División de la cosa común—sumisión al laudo de peritos—requisitos de forma.

Convenido en acto de conciliación que la división de la finca se haría por laudo de peritos fundado en los títulos de propiedad, los condueños han de acatar el laudo dictado, puesto que no discutieron la virtualidad jurídica del acto de conciliación como pacto constitutivo de juicio pericial no sometido a las formalidades de la amigable composición.

SENTENCIA 23 FEBRERO 1952

Casación de laudos de amigables componedores—causas.

El artículo 1.691 LEC no autoriza una impugnación de fondo del laudo.

SENTENCIA 23 FEBRERO 1952

Traspaso de local de negocio—requisitos en el régimen del Decreto de 1936.

El artículo 9.º del Decreto de 21 de enero de 1936 exigía que el consentimiento del propietario al traspaso fuera otorgado de manera expresa, es decir, de modo claro, patente y específico.

SENTENCIA 23 FEBRERO 1952

Costas en los juicios arrendaticios urbanos.

El art. 166 LAU impone el pago de las costas, salvo norma expresa en contrario, a la parte cuyos pedimentos sean totalmente rechazados, no importando al efecto que la desestimación se deba a la improcedencia de lo solicitado, o a haberse seguido un procedimiento inadecuado para pedirlo.

III.—SALA QUINTA

I. Sentencias comentadas

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. — RETRACTO ARRENDATICIO. — SIENDO SU OBJETO HACER PROPIETARIO AL ARRENDATARIO Y NO MERO EXPECTANTE DEL DOMINIO, ES IMPROCEDENTE EL RETRACTO CUANDO SE TRATA DE UNA CESION CONDICIONAL Y COMO TAL CONTINGENTE. — EL ARTICULO 16 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS EXIGE, PARA QUE SE DE EL RETRACTO, QUE SE TRATE DE UNA TRANSMISION PLENA, PERFECTA Y CONSUMADA

Doña Maria T. T. cedió por escrituras de 15 y 19 de enero de 1948, a diferentes personas, todos cuantos derechos pudiera tener sobre determinadas fincas rústicas con todos sus usos, servidumbres y pertenencias, que la propietaria había recibido de su padre en virtud de escritura de capítulos matrimoniales por título de donación inter vivos en cuanto a una de las fincas y además para después de su muerte en heredamiento y donación universal los demás bienes que a su padre y heredante perteneciesen entonces o en lo sucesivo, estableciéndose que si la doña Maria T. T. tiene uno o más hijos legítimos podrá, mientras los tenga, disponer libremente de todos los bienes que resultaren pertenecerle, pero si falleciera sin dejar hijo alguno legítimo, la sustituye el donador su otra hija Teresa, y a ésta, para el propio caso, su hija Dolores T., a sus libres voluntades.

Fueron estipulaciones de las escrituras de cesión otorgadas por doña Maria T. T., entre otras: a) Que los cesionarios adquirian todos cuantos derechos pudiera tener la señora cedente sobre las fincas, con todos sus usos, servidumbres y pertenencias, es decir, su dominio contingente sujeto en cuanto a su perfeccionamiento al fallecimiento de la expresada doña Maria T. T. con descendientes; mas si a su fallecimiento no dejara descendencia, la transmisión sería de los derechos que pudiera ostentar la cedente a la herencia de su fallecido padre por cuarta trebeliánica, mejora y legítima en una séptima parte de dichos derechos; obligándose los adquirentes, como gravamen de la cesión de los derechos transmitidos, a satisfacer a la transmitente doña Maria T. T. una pensión vitalicia de 1.000 pesetas anuales y pactándose que la falta de pago de una pensión con retraso de dos meses de la fecha de su vencimiento dará derecho a la cedente doña Maria T. T. para optar entre reclamar el pago de las rentas no satisfechas y el aseguramiento de las futuras o rescindir en todas sus partes este contrato, readquiriendo la total posesión de las fincas o el pleno dominio de ellas en su caso o derecho a la herencia de su fallecido padre en la cuota dicha, bastando para que se inscriba la

rescisión acta notarial justificativa de haber sido requeridos los deudores al pago de las pensiones vencidas.

Interpuesta demanda al amparo del art. 16 de la ley de 15 de marzo de 1935 por el arrendatario de las fincas comprendidas en las mencionadas escrituras, el Juez de 1.ª Instancia de Santa Coloma de Farnés declaró haber lugar al retracto, y apelada la sentencia por los cesionarios demandados, la Audiencia de Barcelona los absolvió, interponiéndose contra este fallo recurso de revisión al amparo de la disposición transitoria 3.ª, apartado A), norma 7.ª, causas 3.ª y 4.ª de la ley de 28 de junio de 1940, dándose por infringido el artículo 16 de la ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935 y por erróneamente interpretadas las escrituras de cesión referenciadas.

MOTIVOS DEL RECURSO.—En cuanto al primer motivo, por estimar que el citado art. 16 de la ley de 1935 concede el derecho de retracto en favor del arrendatario, atendida su finalidad social, en cualquier caso y forma en que se haya transmitido onerosamente la finca por aquél cultivada. Y en cuanto al segundo de los motivos del recurso, por entender que en las escrituras a que antes se ha hecho referencia no fueron objeto de cesión o venta *derechos*, sino *fincas* determinadas cosas.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

CONSIDERANDO: Que en las escrituras de 15 y 19 de enero epigrafiadas con el título «cesión de derechos», reveladoras en principio de la intención de sus otorgantes, se dice ...que doña María T. T. transmite en el acto de los respectivos otorgamientos, a quienes con ella contratan, «todos cuantos derechos pudiera tener sobre la finca descrita (son respectivamente los anotados), con todos sus derechos, servidumbres y pertenencias, es decir su *dominio contingente sujeto en cuanto a su perfeccionamiento* al fallecimiento con descendientes, y si la expresada doña María T. T. falleciera o en cualquier tiempo tuviere descendencia, falleciendo con ella, transmite (a sus contratantes) desde ahora para entonces el dominio y posesión de la finca descrita de una manera perpetua— y siguen estipulando—. «Mas si a su fallecimiento no dejare descendencia, les transmite los derechos que pudiere ostentar a la herencia de su padre, don Pedro V. T., por la cuarta trebeliánica, mejoras y legítimas...»

CONSIDERANDO: Que la precedente exposición demuestra que la transmisión es: Primero, condicional, y como tal «contingente»; segundo, con contingencia que abarca no sólo el campo de la condición, sino a la cosa contractual, para el supuesto de que hayan de sustituirla, «los derechos hereditarios de la cedente, señora T. T., en la cuarta trebeliánica, mejoras y legítimas».

CONSIDERANDO: Que el título invocado por el autor para ejercitar el derecho de retracto regulado en el art. 16 de la ley de 15 de marzo de 1935 es el de su calidad de arrendatario de las aludidas heredades en relación con las que considera transmisiones a título oneroso, otorgadas a medio de los referidos instrumentos notariales; esta transmisión no es perfecta ni en su modo ni en la cosa; consiguientemente, el retracto que se intenta no lo autoriza el citado precepto, ya que en él se exige transmisión que no puede ser otra que la plena, perfecta y consumada, pues si la subrogación caracteriza el retracto, el adquirente demandado no puede subrogar *dominio* del que carece *in actu*, y al objeto de: retracto arrendaticio, es hacer propietario al arrendatario, pero no mero espec-

tante de aquel, con espera tal vez frustrada, o quizá tan prolongada que desarticule los tiempos de arriendo y retracto efectivo.

COMENTARIO

Insiste el Tribunal Supremo en esta sentencia sobre una importante particularidad del retracto arrendaticio consistente en facilitar «el acceso a la propiedad completa de la tierra a quien la trabaja», como se decía en la sentencia de 3 de marzo de 1944. Y así, lo mismo que en la que acabamos de citar se declaraba improcedente el retracto en un caso de enajenación del usufructo de la finca arrendada, porque el arrendatario que se subrogase en el lugar del adquirente no se convertiría en propietario, porque la subrogación implicada en el retracto arrendaticio ha de serlo siempre respecto de «titularidad propietaria que implique sustitución virtual definitiva de persona dueña que produzca la conjunción de la facultad de disfrutar temporalmente con la de realizarlo con el título de permanencia», en ésta que comentamos se declara igualmente no haber lugar al ejercicio de este derecho porque no siendo perfecta la transmisión de la finca arrendada «ni en su modo ni en la cosa», el retracto que se intenta no la autoriza el art. 16 de la ley de 15 de marzo de 1935, ya que este artículo «exige transmisión que no puede ser otra que la plena, perfecta y consumada, pues si la subrogación caracteriza el retracto, el adquirente demandado no puede subrogar dominio del que carece *in actu*, y el objeto del retracto arrendaticio es hacer propietario al arrendatario, pero no mero expectante de aquél (dominio), con espera tal vez frustrada o quizá tan prolongada que desarticule los tiempos de arriendo y retracto efectivo».

La consideración de la finalidad perseguida con el retracto arrendaticio adquiere particularísimo relieve en esta sentencia si se tiene presente que ella sólo sirve de fundamento al fallo, aun planteándose en el recurso cuestiones tan interesantes como la de si podría o no operarse la subrogación que todo retracto lleva consigo, habida cuenta del objeto de las transmisiones efectuadas y de la particularidad de tratarse de una cesión a renta vitalicia que suscitaba el problema, tratado en la sentencia recurrida, de si por ser motivo determinante de las cesiones el estado de fortuna actual, y probablemente futuro, de los adquirentes, podría o no el arrendatario retrayente sustituir a dichos adquirentes.

Significa esto, a nuestro juicio, el reconocimiento por parte de la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal de la inútil violencia con que se quiere encajar dentro de la clásica figura del retracto una institución cuya finalidad no es otra, como se afirma en la citada sentencia de 1944 y en ésta que comentamos, que la de facilitar el acceso a los arrendatarios a la propiedad de las tierras que labran.

Forzado ya el concepto de retracto arrendaticio en atención a la finalidad social de la legislación de arrendamientos, reiteradamente reconocida por el Tribunal Supremo, hasta el punto de admitir su procedencia en los casos de permuta (1), pese a la imposibilidad de que tenga lugar la subrogación perfecta que como característica legal del retracto se da en el art. 1.521 del Código civil, por cuanto que no interviniendo en la permuta el precio, sino una cosa de-

(1) P. ej.: la sentencia de 11 de junio de 1945.

terminada, no es posible que el retrayente sustituya al permutante «en las mismas condiciones estipuladas en el contrato», no era de extrañar este desplazamiento casi total del centro de gravedad de esta figura jurídica que en la sentencia que comentamos viene a operarse; que de ser en el Código civil, según se acaba de indicar, la posibilidad de que se produzca la subrogación del retrayente en el lugar del adquirente, pasa a serlo, según la sentencia de 3 de marzo de 1944, y ésta que comentamos, la posibilidad de que el arrendatario se convierta en propietario efectivo del fundo que labra (2).

Tal es, a nuestro juicio, la nota más saliente de la sentencia de 7 de diciembre de 1951: venir a reconocer que el «retracto» regulado en el art. 16 de la ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935, no es tanto «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», concepto legal de esta institución según el antes citado art. 1.521 del Código civil, como una forma de acceso a la propiedad, un especial modo de adquirir el dominio de la tierra por parte de los que la llevan en arriendo (3).

Esta orientación de la jurisprudencia puede encontrar su apoyo, no sólo en la finalidad social que persigue la legislación vigente sobre arrendamientos, sino concretamente en uno de los párrafos adicionados al art. 16 de la ley de Arrendamientos rústicos de 1935 por la de 16 de julio de 1949. Nos referimos a aquel que trata de las donaciones de fincas arrendadas hechas a favor de quien no fuere heredero forzoso del donante, con excepción de las otorgadas por razón de matrimonio. Tales donaciones inter vivos confieren al arrendatario—dice este precepto—«el derecho a exigir del donatario que le sea vendido el inmueble por un precio equivalente, deducido el importe de las cargas redimibles a que, en su caso, se hallare afecto, al valor que en la escritura pública de donación le hubieren asignado las partes, incrementado en la suma a que ascendiere el importe de los gastos de la transmisión, así como las expensas necesarias y útiles hechas en el fundo donado».

Puede verse que, a pesar de incluirse esta norma legal dentro del art. 16 de la ley de Arrendamientos rústicos, no se trata de un caso de retracto, ni tampoco se le da este nombre, pese a la liberalidad con que se otorga por nuestras leyes, y, consecuentemente, no se hace referencia al art. 1.518 del Código civil, si bien, como no podía ser menos, se imponen al arrendatario los reembolsos a que el citado art. del Código civil se refiere, no precisamente como consecuencia del retracto, sino como consecuencia de la rescisión operada y de ser abonables siempre los gastos necesarios y útiles al poseedor de buena fe, conforme a la regla general contenida en el art. 453 del propio Código civil. Sin duda, el encarecimiento con la transmisión a título lucrativo, con la fuerza propia de los razonamientos *ad absurdum*, ha determinado este saludable

(2) Como no debemos ocultar que en la sentencia comentada se dice, aunque sólo de manera incidental, ser la subrogación característica del retracto, conviene anotar que nuestra tesis no es precisamente la declarada expresamente por el Tribunal Supremo, sino la que puede deducirse del sentido de estos fallos jurisprudenciales.

(3) Interesa anotar a este respecto que la sentencia de 12 de mayo de 1941 no sólo proclama la preferencia dominical del cultivador de la tierra como un tipo singular que ha de suponerse reglado libre de atavismos, sino que llega a decir de este derecho que tan sólo parece tiene de común con sus homónimos de nuestro Derecho civil, constituir, como ellos, motivo de rescisión contractual...

abandono por parte del legislador de la figura de retracto como medio para obtener la realización de fines que rebasen su virtualidad propia. Y decimos salvable, por cuanto que lo es siempre el abandono de moldes anticuados para dar forma a realidades nuevas. Es verdad que no es insólito el recurso de acudir a la ficción, u otros medios, como puente para dar entrada en el ordenamiento jurídico a nuevas concepciones; pero no debe olvidarse el inconveniente de echar el vino nuevo en odres viejos

JAIMÉ MONTERO Y G.ª DE VALDIVIA

Abogado del Estado.

2. Sentencias anotadas

EL GRAVAMEN O PERJUICIO DEL RECURRENTE COMO REQUISITO DEL RECURSO

SENTENCIA 14 JUNIO 1951 (1)

Aunque esta sentencia fué dictada en recurso de revisión, al amparo de la legislación arrendaticia rústica, continúa en su doctrina la línea constante mantenida por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en cuanto al recurso de casación, y cuanto aquí se diga en torno al gravamen o perjuicio del recurrente debe entenderse aplicable a ambos tipos de recursos.

En una abundante jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha mantenido la doctrina de que no puede interponer el recurso de casación quien ha resultado favorecido, o no perjudicado, o no afectado, por el fallo recurrido (2). Más concretamente, la S. de 18 de diciembre 1928 dice que no se da el recurso de casación cuando no existe condena ni se impone prestación alguna al litigante, ni se le obliga a que dé o entregue alguna cosa ni se le priva de derechos preexistentes (3). Con más amplitud aún y más lujo de razonamientos, ha dicho la sentencia de 21 de junio de 1943: «Es regla indiscutida del ordenamiento procesal civil, como consecuencia del principio de unidad de la relación procesal a través de las diversas fases del procedimiento, que sólo la parte a la cual

(1) V. esta sentencia en este ANUARIO, IV-4, 1951, pág. 1796.

(2) Sentencia de 19 enero 1886, 12 julio 1899, 1 junio 1918, 1 marzo y 7 julio 1921, 31 octubre 1924, 21 abril 1925, 19 octubre y 16 diciembre 1927, 18 marzo 1929, 21 febrero, 24 marzo, 16 abril, 4 julio y 14 noviembre 1930, 8 junio 1933, 23 marzo 1934, 3 y 22 enero 1940, 7 febrero 1941, auto de 5 febrero 1931 y las especialmente citadas en el texto. Las formulaciones son diversas, pero el principio a que responden es constante.

(3) En el caso de esta sentencia, el recurrente, que había denunciado determinados bienes como mostrencos, se allanó a la demanda que contra él y otros había formulado el abogado del Estado, y que pedía que los bienes en cuestión se declarasen mostrencos. La Audiencia desestimó la demanda respecto del demandado, en cuyo poder estaban los bienes. El recurrente tenía un interés derivado del premio que como denunciante podía corresponder. Pero el Tribunal Supremo no lo estima suficiente y dice además ser cuestión ajena al litigio.

la resolución del Juez resulte desfavorable, puede, como perjudicado o gravado por ella, utilizar los medios de impugnación que la Ley concede para que se revoque o reforme, y, entre ellos, destacadamente, el recurso de casación; doctrina ésta que sancionaba ya nuestro Código inmortal de las Partidas, cuando restringía el derecho a recurrir a quien «se tuviere por agraviado de juyzio que fuesse dado contra él» (proemio y ley 2.^a del Tit. XIII, Part. III), y que ha tenido buen cuidado de recoger la Jurisprudencia de este Supremo Tribunal, al establecer en reiterados fallos, entre ellos los de 12 de julio de 1890, 1.^o de junio de 1918, 1.^o de marzo y 7 de julio de 1921 y 16 de abril de 1930, que lo mismo el recurso de apelación que el de casación—fuera de leaso en que éste se promueva en interés de la Ley, por aplicación del art. 1.782 de la Ley de trámites—, presuponen un perjuicio de que lógicamente nazca el interés de recurrir, por lo cual la sentencia o parte de ella que es favorable a uno de los litigantes no es susceptible de casación respecto del favorecido». Añádanse los casos en que el Tribunal Supremo mezcla el problema con el de la prohibición de la *reformatio in peius* (4) y aquéllos en que se pronuncia respecto de cuestiones ligadas a la aquí tratada (5).

La evidencia del principio en sí mismo hace innecesario todo intento de justificación (6). Pero un ulterior desarrollo del mismo plantea nuevos problemas: ante todo, el de determinar en qué puede consistir el gravamen o perjuicio que ha de haber experimentado el recurrente en virtud del fallo recurrido. En principio, el perjuicio debe consistir en una diferencia entre lo solicitado y lo concedido. Pero, aun prescindiendo ahora de la cuestión de si esa diferencia ha de tener o no un valor económico (7), debemos fijarnos en que la petición contenida en la pretensión o en la oposición viene cualificada por su fundamentación: no por su fundamentación jurídica, que es irrelevante al

(4) Sentencias de 31 mayo 1910 y 7 marzo 1929.

(5) Así, la que determina que no cabe recurrir contra un fallo consentido por el recurrente, al no apelar contra él, o contra los extremos del fallo que hayan sido consentidos (sentencias de 31 mayo 1910, 3 junio 1916 y 12 junio 1929); y la que mezcla el requisito del gravamen con la improcedencia del recurso de casación por infracciones formales no perjudiciales para el recurrente (así la sentencia de 29 abril 1930).

(6) A veces el Tribunal Supremo parece fundarlo en el carácter extraordinario del recurso de casación. Pero el requisito es común a todos los recursos, ordinarios o extraordinarios. El verdadero fundamento es, de un lado, la finalidad esencial de todo recurso, y aun de todo proceso: el mantenimiento y aseguramiento de la justicia, y la consiguiente evitación de injusticias; pero, claro está, de injusticias prácticas, no meramente teóricas (de aquí la relación del principio con aquel otro según el cual el recurso de casación se da contra el fallo, no contra los razonamientos del Tribunal de instancia). De otro lado, el principio dispositivo, según el cual cada parte es libre para consentir o no las resoluciones judiciales que le afecten, aunque le perjudiquen, sin que, por consiguiente, la intervención de otras personas, estén o no en la misma posición procesal que ella, pueda suplir la suya.

(7) Es evidente que en aquellos procesos en que no entra en juego un interés económico, al menos de modo inmediato (por ejemplo, procesos matrimoniales, sobre filiación, etc.), no se requiere un perjuicio económico para recurrir; pero el problema que se plantea es el de si cabe un perjuicio meramente jurídico, o mejor dicho, procesal. Puede verse la posición de la Jurisprudencia alemana en este punto en PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, Zaragoza, 1946, II, páginas 309-310, y en FAJÉN GULLÉN, «Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho Procesal», *Revista de Derecho Procesal*, V-1, 1949, pág. 283. Hay que tener en cuenta que algunos de los casos citados por estos autores son de verdadero perjuicio económico, por diferencia entre el título en que se funda la petición y aquel en que se funda el fallo.

efecto, sino por lo que suele llamarse causa o título de la pretensión u oposición (8). Este título identifica y cualifica la petición de tal manera que la concesión de lo pedido, hecha en virtud de un título alegado subsidiariamente o introducido de oficio por el juzgador, supone un fallo no conforme con la petición realizada en primer lugar o con carácter exclusivo. Ello se debe a que el título supone el nexo entre la petición y el fallo, de una parte, y la situación jurídica de las partes anterior y posterior, de otra. Veamos dos ejemplos: no son idénticas las consecuencias ulteriores de un fallo que condena al demandado a entregar al actor una cosa por estimar que se la ha vendido, que aquel que le condena a la misma prestación por entender que se la ha arrendado; tampoco es idéntico el fallo que absuelve al demandado por considerar prescrita la deuda que aquel que lo absuelve por estimarla compensada con otra del actor. Las repercusiones en la ulterior situación de las partes son muy diferentes en uno y otro caso: si la cosa ha de entregarse a título de venta, el actor adquiere el dominio, si es a título de arrendamiento, no, y, por el contrario, habrá de devolverla cuando la relación arrendaticia se extinga. El deudor cuya deuda ha prescrito puede reclamar el crédito que tenga frente al actor, lo que no sucede en el caso de compensación.

Entendemos por consiguiente que si el título por el que se concede lo pedido conduce a una situación ulterior más gravosa o menos favorable para él que pide que la que hubiera resultado de conceder lo pedido en virtud del título alegado en primer lugar o con carácter exclusivo, se debe estimar admisible cualquier recurso que interponga el así gravado o perjudicado. Las razones que apoyan la mencionada Jurisprudencia cesan de actuar en este supuesto. La solución contraria a la propugnada llevaría a un concepto formalista y demasiado estricto del fallo, olvidando que éste, igual que la petición, viene cualificado por el título en que se funda.

Contrastando estas ideas con la sentencia comentada, es fácil ver una clara discordancia. En efecto, en el caso por ella resuelto el demandado alegó, en primer término, incompetencia de jurisdicción y, subsidiariamente, la desestimación de la demanda de desahucio por haber consignado las rentas debidas. Las consecuencias de la desestimación por un título o por otro son muy distintas: en el primer caso, el demandado tenía abierto el camino para la Jurisdicción que él considerara competente, oponer los títulos oportunos contra la procedencia o exactitud del alegado por el actor (falta de pago); si en tal replanteamiento del asunto triunfaba, le habría de ser devuelta la cantidad consignada. En cambio, desestimada la demanda por la consignación, dicha cantidad sería entregada al actor en pago de las rentas debidas. Basta tener en cuenta el efecto procesal de la consignación: escinde la petición del actor en dos partes: la apreciación de la procedencia del título alegado por el mismo y la condena al desahucio; enerva esta última y sustituye la consecuencia natural de la primera, que es la condena citada, por otra, relativa al destino que se ha de dar a la cantidad consignada. Visto así el debate en su nuevo aspecto, es evidente que la sentencia que desestima el desahucio en virtud de la consignación, da la razón al actor y condena al demandado, al menos implícitamente, a un pago que él había pedido se declarase improcedente, al menos en aquel proceso (en virtud de una excepción dilatoria).

(8) V. GUSP. Comentarios a la L. E. C., Madrid, 1943. I, pág. 342.

En el fondo, la solución dada por el T. S. al caso concreto sería probablemente justa, ya que el alegar la incompetencia de jurisdicción y no alegar ninguna excepción perentoria previa a la de consignación, parecía dar a entender que la excepción dilatoria no tenía más fin que ese, el dilatorio en el sentido de entorpecer la actuación del demandante, aplazando la justa solución del litigio. Pero técnicamente la solución parece inadecuada, cosa que hay que tener en cuenta, tanto a los efectos puramente doctrinales, como a los de creación de doctrina legal.

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ
Notario.

3. Sentencias

SENTENCIA 5 JUNIO 1951

Arrendamientos rústicos—aparcería—concepto—requisitos.

El concepto jurídico de aparcería no quiebra porque el cedente no intervenga en la explotación ni aporte otra cosa que la tierra. No puede estimarse precio "cierto" en materia contractual, el determinado por la tercera parte de los frutos de las tierras en cultivo, parte alícuota cuya cuantía y cantidad depende del resultado alatorio y fortuito de las cosechas, lo que constituye la nota diferencial entre el arrendamiento y la aparcería.

SENTENCIA 12 JUNIO 1951

Arrendamientos rústicos—duración del contrato—aplicación de la Ley de 1942—prueba.

No puede aplicarse el art. 2.º de la Ley de 1940, cuando se trata de un supuesto regulado por el art. 9.º de la Ley de 1942 que faculta para recabar el cultivo directo el adquirente al vencimiento del plazo contractual o de la prórroga.

A efectos de prueba ha de estarse a los propios términos del contrato.

SENTENCIA 12 JUNIO 1951

Arrendamientos rústicos—recurso de revisión—su preparación.

No se entiende preparado el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia de instancia cuando el arrendatario recurrente no ha consignado el importe de la renta.

SENTENCIA 8 NOVIEMBRE 1951

Arrendamientos rústicos—infracción de forma—sus requisitos.

El quebrantamiento de formas esenciales del juicio tiene por finalidad la necesidad de velar por la pureza procesal para garantizar el ejercicio de las acciones y subsanar defectos sustanciales de procedimiento que puedan entrañar su nulidad, por lo que es necesario que al litigante que invoca tal causa de revisión no le sea imputable el defecto, ya por haber dado lugar al mismo o ya por haberle dejado consentir.

SENTENCIA 26 NOVIEMBRE 1951

Arrendamientos rústicos—aparcería—su duración—ejercicio del derecho de opción.

Para el ejercicio del derecho de opción que autoriza el artículo 7.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 28 de junio de 1940 no basta el anuncio del propósito de ejercitar tal derecho, sino que precisa que se lleve a efecto por medio de la acción correspondiente.

SENTENCIA 3 DICIEMBRE 1951

Arrendamientos rústicos—renta—aplicación de la Ley de 23 de julio de 1942.

La norma contenida en el párrafo segundo del artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1942 constriñe imperativamente a las partes a su cumplimiento en todo momento desde su vigencia, debiendo ser aplicada en arrendamientos posteriores a 1 de julio de 1940 que deban subsistir después de 1942 con renta en numerario.

SENTENCIA 5 DICIEMBRE 1951

Arrendamientos rústicos—prueba de adjudicación de un proindiviso.

La mera presentación de unos recibos de rentas y de operaciones mercantiles realizadas entre las partes no justifican la inexistencia del proindiviso, máxime cuando por documento indubitado, cual es el certificado del Registro de la Propiedad, se justifica la existencia del mismo.

SENTENCIA 15 DICIEMBRE 1951

Arrendamientos rústicos—valoración de fincas.

Peca por defecto la valoración dada a una finca cuando coincide con el precio de adquisición pagado por ella unos años antes, pues, además de

que el expropiado pierde los gastos escriturarios y de la transmisión, hay que tomar en cuenta la persistente elevación del precio de la tierra en mayor o menor grado, según circunstancias y comarcas.

SENTENCIA 20 DICIEMBRE 1951

Valoración de finca expropiada por el Instituto Nacional de Colonización.

CONSIDERANDO: Que en el informe del perito designado por la Administración base de la valoración aceptada por el Instituto, se prescinde de datos esenciales cuales son el ser factible el riego de la finca, su plusvalía por razón del pantano a cuyo coste han contribuído los expropiados, la privación de todo el caserío que quedó en la porción expropiada y obliga a construir otro con el mayor gasto que ello significa y la circunstancia de que queda la parte reservada a la propiedad sin abrevadero ni camino hacia el río ni la carretera para salir del fundo, por todo lo cual no es aceptable este informe que especialmente, al desestimar la plusvalía del riego por entender que nada se debe a la propiedad cuando consta su participación en las obras originales y no es sólo el Estado el que corrió con el gasto, todo lo cual supone una infracción del artículo 11 de la Ley de 27 de abril de 1946, por interpretación errónea.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 21 DICIEMBRE 1951

Debe rechazarse la existencia de novación en un contrato cuando no conste de una manera clara y terminante la voluntad de otorgarla, sin que pueda apoyarse en actos equívocos ni en casos dudosos.

No produce indefensión el quebrantamiento de una formalidad del juicio cual es el defecto de plazo entre la citación y la celebración del mismo, cuando el recurrente ha estado presente en todo el pleito y actuado en él debidamente representado y defendido.

SENTENCIA 23 ENERO 1952

Arrendamientos rústicos: carácter del recurso

El recurso de revisión, por su carácter especial y extraordinario, exige que las resoluciones contra las que procede pongan término al pleito e impidan su continuación.

SENTENCIA 4 FEBRERO 1952

Arrendamientos rústicos—requisitos esenciales de forma del recurso.

Cuando en ninguno de los motivos del recurso ni fuera de ellos se precisa en qué caso se apoyan, de las cuatro que la norma 7.ª de la Disposición transitoria de la Ley de 28 de junio de 1940 señala de modo "inezorable" en que deben fundamentarse, y aunque del preámbulo del recurso pudiera deducirse que es o debe ser la causa 3.ª, "injusticia notoria por infracción de precepto legal", esta "injusticia notoria" tampoco se alega en los motivos, al examinar las infracciones que en cada uno de ellos se invocan, se da la existencia de requisitos esenciales de forma que impiden el estudio y admisión del recurso.

SENTENCIA 15 FEBRERO 1952

Prueba—valor como fundamento de los pronunciamientos: necesidad de precisarla.

Fundada la apreciación de la Audiencia en una "prueba practicada" que no precisa y en unos "testimonios muy dignos de crédito" que silencia y oculta a pesar del valor que les atribuye, han de ser desestimadas las afirmaciones que basa en estas pruebas inconcretas.

Caducidad de derechos—necesidad de fijar la fecha a partir de la cual se cuenta el plazo.

No fijar ni aproximadamente la fecha a partir de la cual hay que contar el plazo de caducidad de una acción equivale a no poder deducir que se ha extinguido el derecho de que se trata.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

GUASP, Jaime: *La pretensión procesal*.

BONET CORREA, José y ORS, Álvaro d': *El problema de la división del usufructo. Estudio romano-civilístico*.

AZURZA Y OSCOZ, P. J. de: *Problemas de la sociedad civil*.

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de: *La última reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos: Decreto ley de 8 de febrero de 1952 (Derechos de tanteo y retracto)*.

3. VIDA JURÍDICA

TALLON, Denis: *La evolución de la jurisprudencia francesa en materia de responsabilidad por daños causados por las cosas. (Art. 1384, apartado 1º del Código civil)*.

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.