

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO VI
FASCICULO III



JULIO-SEPTBRE.
MCMLIII

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

Gráfica Administrativa.—Rodríguez San Pedro, 32. Madrid.

La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compra-venta de cosas genéricas ⁽¹⁾

ALFONSO DE COSSIO

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Una de las mayores dificultades que se oponen a una racional y justa solución de algunos problemas jurídicos, es el prejuicio creado por ciertas reglas o aforismos aceptados tradicionalmente como verdaderos axiomas, por esa natural tendencia a confundir las fórmulas mnemotécnicas con las verdades inconcusas, y que en el presente caso, por aplicación del famoso brocardo «periculum est emptoris», hace a veces al comprador soportar los riesgos, no sólo del posible perecimiento de las cosas, sino también de ciertas especulaciones doctrinales. Por otra parte, cuando, como aquí ocurre, hemos de actuar sobre algunos conceptos que la técnica del derecho recoge del mundo de la Naturaleza—«fuerza mayor», «riesgo», «perecimiento», «deterioro», «cosa», «género»—conviene no olvidar, para evitar posibles y frecuentes equivocaciones, que tales conceptos experimentan una profunda transformación al convertirse de naturales en normativos.

Por esta razón, tal vez lo más prudente fuese proceder a un nuevo planteamiento de la cuestión, en términos radicales, mediante un examen de los distintos supuestos que la práctica puede ofrecernos, prescindiendo en absoluto de todos los antecedentes históricos y doctrinales, y buscando solamente la solución más justa. Sin embargo, esta manera de plantear el problema no nos es posible, en cuanto hemos de actuar a través de un conjunto de normas de derecho positivo, limitándose nuestra tarea necesariamente al campo de la mera interpretación, y careciendo, por tanto, de la libertad que ofrece cualquier empeño de pura creación jurídica. Procuraremos, sin embargo, penetrar con la mayor claridad posible en la esencia de los principios que orientan en este punto el sistema legal español, desarrollando ideas que dejamos en parte apuntadas en un anterior trabajo sobre «Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil», publicado el año de 1944 en la «Revista de Derecho Privado».

La idea del riesgo va implícita en todos los seres temporales

(1) Ponencia que se presentará al próximo IV Congreso Internacional de Derecho Comparado (París, 1954).

y contingentes, afectando, por lo tanto, por igual, a los hombres y a las cosas que se encuentran por su naturaleza, destinados a perecer, y cuya existencia presente supone una continua incertidumbre acerca del mañana. Esta incertidumbre—riesgo de daño y muerte—gravita sobre todas las relaciones posibles y dota de un sentido, en cierto modo aleatorio, a todas las vinculaciones humanas, el cual ha de influir necesariamente en el mundo del derecho. Sin embargo, este riesgo, este peligro que amenaza a las cosas, y que puede determinar su deterioro o perecimiento, se nos presenta, a través de la técnica jurídica, no como un concepto material, sino más bien como una fuente de consecuencias normativas. El hecho material del daño o perecimiento causado, interesa solamente en cuanto constituye un hecho capaz de producir determinados efectos jurídicos, creando, modificando o extinguiendo ciertas relaciones de derecho. El riesgo queda así referido más que a las cosas, a las relaciones jurídicas de que éstas son objeto; la pérdida o deterioro interesa, en cuanto es capaz de producir determinadas alteraciones en el mundo del derecho.

Dos ideas fundamentales parecen haber orientado toda esta materia: de una parte el principio de que las cosas perecen para su dueño, y de otra el de que aquel que se lucra con el beneficio que la cosa es susceptible de producir, debe soportar los riesgos de la misma en justa correspondencia. Ambos principios aparecen íntimamente vinculados entre sí y se desenvuelven en el plano de los derechos reales, afectando a la teoría de la propiedad, en cuyo concepto parecen ir implícitos y más concretamente a la doctrina de la accesión, en sus diversas formas, de la que el segundo es una mera consecuencia. Es indudable que no puede pensarse en una relación de dominio sobre una cosa que ha perecido, ya que la propiedad exige siempre, por definición, un objeto actual, y es justo que el llamado a recibir las accesiones de la cosa, soporte también los daños de la misma. Sin embargo, la cuestión es más oscura de lo que a primera vista parece.

En primer lugar, aunque es cierto que las cosas perecen para su dueño, ello quiere sólo decir que perdida la cosa queda extinguido el dominio que sobre la misma se hallaba constituido; pero con él quedan también extinguidos todos los demás derechos que tenían por objeto la cosa perdida. En segundo lugar, el principio: «*Qui sentit commodum, sentire debet et incommodum*», en conexión con las normas que regulan la accesión discreta y la continua, constituye sólo el reverso de la regla «*res perit domino*», ya que es lógico que sea aquel que recibe los posibles lucros de la cosa, quien soporte la pérdida de la misma, y al contrario. Pero ambos principios sufren una verdadera complicación cuando del plano de los derechos reales, en que originariamente se desenvuelven, pasan al de los derechos de crédito.

Y decimos esto porque es evidente que en el plano de los derechos reales, ambos principios complementarios, son meros des-

envolvimientos del mismo concepto del dominio que no puede subsistir sin objeto y que implica, por esencia, la adquisición de los lucros que éste es susceptible de producir; en cambio, en el ámbito de los derechos de crédito, el planteamiento de la cuestión es completamente distinto, de una parte, porque cuando el hecho culposo es causa de la pérdida de la cosa, nace una obligación de indemnizar, cuya consecuencia se traduce en una sustitución de valores económicos en el patrimonio del titular de la misma, subrogando en el lugar que ocupaba el derecho extinguido, otro derecho a la indemnización de los daños y perjuicios de carácter personal, lo que hace que el daño o pérdida repercuta en último término sobre un patrimonio distinto del del titular de la cosa dañada o perdida: de otra parte, porque cuando ésta, por cualquier título se hallaba «in obligatione», su pérdida, si es debida a caso fortuito o fuerza mayor, tiene como consecuencia la extinción de la relación obligatoria constituida, y, en tal sentido, determina el artículo 1.182 del Código Civil español que: «Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada, cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor, y antes de haberse éste constituido en mora»; de donde se sigue que si se perdió por culpa del deudor, la obligación no se extingue, sino que se transforma en la forma antes indicada en obligación de indemnizar al acreedor los daños y perjuicios causados.

Establecidas estas premisas, y refiriéndonos ya concretamente al contrato de compraventa, parece que la cuestión es susceptible de diferente solución si la planteamos en el puro plano de los derechos reales, que si ha de resolverse en el de las obligaciones. En el primer caso, si la cosa perece para su dueño, habría que determinar quién era el dueño de la cosa después de perfeccionado el contrato: en los sistemas que como el francés consagran la compraventa traslativa («vendre est aliéner»), la cosa perecería para el comprador que es propietario de ella una vez prestado el consentimiento; en los sistemas que como el español admiten el principio de los efectos puramente obligatorios de la compraventa, la cosa periclitada antes de la entrega, perecería para el vendedor que es su propietario todavía: extinguida la propiedad por pérdida de su objeto, no sería posible transmitirla al comprador. En el segundo caso, es decir, cuando el problema se suscita en el plano de los derechos de crédito, nada resolvemos con el indicado principio «res perit domino», porque queda en pie la cuestión, perfectamente distinta de si a pesar de la pérdida subsiste o no la obligación de pagar el precio.

El problema de los riesgos en la compraventa, por lo tanto, no consiste en determinar los efectos que en orden a la propiedad de la cosa puede producir la pérdida de la misma, sino en saber qué patrimonio en definitiva ha de sufrir el quebranto económico que tal pérdida supone. O, lo que es lo mismo, si es el comprador o el vendedor quien ha de perder el precio de la misma. Tal determi-

nación aparece perfectamente diferenciada de la de la repercusión que tal pérdida puede tener en cuanto al dominio: es claro que quien pierde el dominio, por el perecimiento de la cosa, no puede ser persona distinta de su propietario (vendedor o comprador, según los casos), y ello tanto en el supuesto de que la pérdida se haya producido por caso fortuito, como cuando ha sido causada por culpa; pero esto no resuelve nada acerca quién sea el que haya de soportar los riesgos del contrato. De donde se sigue que tanto cuando la venta es transmisiva y directamente productora de efectos reales, como cuando es puramente obligatoria e inspirada en el principio: «*traditionibus atque usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*», se plantea, en idénticos términos la misma cuestión: ¿Subsiste después de la pérdida fortuita la obligación del comprador de pagar el precio?

Y decimos esto porque háyase o no transmitido la propiedad por el mero perfeccionamiento del contrato de compraventa, es indudable que de ella deriva para el vendedor en todo caso la obligación de la entrega material de la cosa al comprador, a la que en definitiva va vinculada como contraprestación la obligación de este último de pagar el precio. Claro está que si el perecimiento se produjo por culpa del vendedor, no podrá éste, ya que el incumplimiento le es imputable, exigir el pago, y deberá, además, resarcir daños y perjuicios. Pero si tal pérdida se produjo por causa imprevisible y ajena a su voluntad, es también claro que queda exento, sin responsabilidad alguna, de su obligación de entrega o tradición de la cosa que no existe. Ahora bien, al extinguirse esta obligación del vendedor ¿podrá el comprador excepcionar el incumplimiento del contrato y negarse en consecuencia a pagar el precio convenido?

Así planteada la cuestión es indudable que los términos de solución de la misma aparecen desvinculados en absoluto del principio «*res perit domino*», y han de desenvolverse dentro exclusivamente del derecho de obligaciones. Por tal razón, estimamos que la formulación del tema de esta ponencia—la transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas—sugiere dos problemas distintos, susceptibles de solución diferente, que podrá o no ser coincidente, según el criterio que adoptemos, pero siempre fundada en cada caso en razones de distinta naturaleza. Por eso podemos afirmar previamente que la transmisión de la propiedad y la transmisión de los riesgos de las cosas vendidas son dos problemas que se ofrecen o deben ofrecerse con absoluta independencia el uno del otro. Es más, que el primero presenta escasas dificultades en nuestro sistema jurídico español, en cuanto en él sólo la tradición—en sus distintas formas—unida al contrato, produce este efecto; en tanto que el segundo es extraordinariamente complicado.

Estudiaremos, por lo tanto, el problema de los riesgos con preferencia, y sólo secundariamente el de la transmisión de la propie-

dad en la compraventa que, dicho sea de paso, ofrece pocas peculiaridades de interés cuando se trata de cosas genéricas, ya que en definitiva, como luego veremos, toda compraventa de cosa genérica se convierte, mediante la especificación en compraventa de cosa específica. A tales efectos, vamos a examinar primero las normas generales del Código Civil español relativas a esta materia, para después estudiar con mayor detenimiento las concretamente aplicables a las cosas genéricas.

1.º EL PROBLEMA GENERAL DE LOS RIESGOS EN LA COMPRAVENTA

Según el artículo 1.452 del Código Civil: «El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182. Esta regla se aplicará a la venta de cosas fungibles, hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida. Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora.»

Hubiera sido preferible que el legislador, en vez de limitarse a una mera remisión a otros preceptos que no resuelven directamente el problema de los riesgos, hubiese establecido una regla clara que nos permitiese resolver los casos de perecimiento de la cosa vendida y no entregada, con lo que hubiera evitado no pocas dificultades al intérprete. Ya hemos visto cómo el artículo 1.182 antes transcrito, se limita a reconocer que la pérdida del objeto vendido determina, cuando es fortuita, la extinción de la obligación de entrega del vendedor, pero sin decirnos nada acerca de si subsiste o no la obligación recíproca del comprador, a pesar de dicha pérdida. En cuanto al otro precepto, el artículo 1.096, tampoco resuelve la cuestión, sino en relación a ciertos casos concretos expresamente determinados.

Dice, en efecto, el citado artículo 1.096 que: «Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor (comprador en este caso), independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega. Si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor. Si el obligado se constituyere en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega.» Es decir, que al problema de los riesgos se refiere únicamente el último párrafo, y ello tan sólo en relación a dos casos concretos: mora del vendedor y doble venta. ¿Qué ocurrirá en los restantes? La interpretación «a contrario sensu» de este precepto, juntamente con la del último párrafo del artículo 1.452, que imputa el riesgo al comprador a partir del momento en

que éstas se hayan pesado, contado o medido, mueve a la doctrina a concluir que cuando se trata de venta de cosas específicas y determinadas y no haya mediado mora o doble venta, el Código Civil consagra en toda su amplitud el tradicional brocardo «*periculum est emptoris*», con su natural consecuencia de que el comprador, a pesar de la pérdida fortuita de la cosa, no puede alegar la excepción de incumplimiento de contrato y viene, por lo tanto, obligado a pagar el precio convenido.

Es, sin embargo, lo cierto, que tal principio no se encuentra explícitamente formulado en la Ley, sino que debe ser inferido mediante un esfuerzo dialéctico del intérprete, que, en cierto modo, aparece legitimado por la fuerza tradicional reconocida a la indicada regla. Dicha norma romana, aparece reconocida en nuestro derecho histórico de manera expresa. Así, en la ley 17, título X del libro III del *Fuero Real*, que disponía que: «Si algun home vendiere casa o cavallo, o otra cosa qualquier: e si despues que la vendida fuere cumplida, la casa ardiere, o cayere, o el cavallo se muriere, o otro daño qualquier le viniere antes que lo haya recibido el comprador, el daño sea de aquel que la compró y el pro otrosí, si en alguna cosa mejorare la cosa vendida: y esto sea si el vendedor no alargó de dar la cosa vendida, o si no se perdió por su culpa, o si no fizo pleyto, que si se perdiese o se dañase, que el daño fuese suyo y no del comprador: ca en estas tres cosas el vendedor debe haber el daño e no el comprador: pero si algun pro y viniere, sea del comprador.» En este mismo sentido, si bien con mayor claridad, se expresa la ley 25, título V de la Partida V: «Cúmplase la vendida en dos maneras: la una se face en escrito; la otra sin él; cuando se face sin escrito, aviniéndose comprador e vendedor, uno de la cosa, otro del precio, dende en adelante, el daño que viniere de la cosa, es del comprador. Eso mismo decimos cuando se face por escrito; luego que la carta es acabada e firmada con testigos, dende en adelante es el daño del comprador, magüer la cosa non sea pasada al su poder.»

No pugna este principio, como se ha pretendido, con el más general de que las cosas perecen para su dueño, ni constituye una verdadera excepción al mismo, ya que nada tiene que ver que el vendedor pierda la propiedad de la cosa vendida y no entregada (al extinguirse su dominio al perecer su objeto), con que, según antes hemos señalado, el comprador venga obligado a pagar su precio a pesar de dicha pérdida. En el sistema francés, de la venta traslativa, el comprador soporta el riesgo, no tanto en cuanto es propietario, como en cuanto es comprador y viene, como tal, obligado a pagar el precio, de la misma manera que en el sistema español de la venta obligatoria, el vendedor que hizo tradición instrumental de la cosa vendida mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura, y, por lo tanto, transmitió la propiedad, aunque no verificara la entrega material a que venía obligado, cuando incurre en mora o realiza una doble venta del mismo obje-

to, ha de soportar los riesgos y no puede exigir del comprador el pago del precio: en este caso la cosa perece para su dueño, en cuanto el comprador, ya propietario de la misma, ve extinguido, con su pérdida su derecho de dominio, pero el riesgo lo soporta el vendedor que no sólo no puede exigir el precio, sino que además debe indemnizar los daños y perjuicios causados al comprador, si medió culpa o negligencia.

Así planteadas las cosas, no existe razón alguna para considerar ni más lógico ni más justo el principio contrario propugnado por la llamada escuela del derecho natural, y consagrado por el derecho germánico, que al vincular la transmisión de los riesgos a la investidura (principio de la tradición), impone la regla inversa de «*periculum est venditoris*», ya que precisamente lo que hay que explicar, tanto en este caso como en el contrario, es precisamente la razón por la cual el comprador queda aquí exonerado de su obligación de pagar el precio, a pesar de haber consentido un contrato que a ello le vinculaba, y esta explicación debe única y exclusivamente buscarse en el plano del derecho de obligaciones, que es en el que desenvuelve su eficacia el contrato de compraventa, y no en el de los derechos reales, cuyas normas únicamente pueden hacerse entender por qué razón el dominio se extingue al perecer las cosas que constituían su objeto. En último término y bien considerado, el problema de los riesgos en la compraventa no es una mera cuestión conceptual, sino, como todos los jurídicos, un problema de justicia.

Por esta razón, antes de afirmar de modo rotundo como con notoria ligereza se ha hecho en ocasiones, que nuestro Código Civil admite en términos absolutos el principio de que la cosa perece en todo caso para el comprador, sin otro fundamento que los argumentos deducidos «a contrario sensu» de los últimos párrafos de los artículos 1.096 y 1.452, que no aluden de modo directo a este principio, sino que se limitan a resolver supuestos concretos y determinados con arreglo a un criterio, y la inercia de una tradición doctrinal y legislativa, resumida en el célebre brocardo «*res perit emptoris*». Sin rechazar de plano la legitimidad de tal interpretación, nos permitimos intentar reducirla a sus justos límites, y ante todo, señalar una aparente incongruencia. El artículo 1.452, fundamental en esta materia, se refiere no sólo a los daños, sino también a los «provechos» de la cosa vendida, y sin embargo, limita su remisión al artículo 1.096, que para nada se refiere a los «provechos», sino tan sólo a la obligación de entrega y su cumplimiento, y al 1.182, relativo a la extinción de las obligaciones por pérdida de la cosa. No alude, en cambio, al artículo 1.095, que es el que realmente se refiere a dichos provechos de la cosa que ha de ser entregada.

Dice, en efecto, el precepto referido, que: «El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa *desde que nace la obligación de entregarla*. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta

que le haya sido entregada.» Correlativamente a este principio, y dentro ya del contrato de compraventa, determina el artículo 1.501 que: «El comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio, en los tres casos siguientes: 1.º Si así se hubiese convenido; 2.º *Si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta*; 3.º Si se hubiere constituido en mora con arreglo al artículo 1.100.»

Nos interesa poner en relación estos preceptos, aunque su conexión no sea a primera vista patente, y al mismo tiempo, relacionar este derecho del acreedor a los frutos, con la norma general de que aquel a quien corresponden los lucros de la cosa, debe soportar los daños de la misma. En cuanto al primer problema, vemos que tanto el artículo 1.095 como el 1.501, hacen referencia a la entrega y a la «obligación de entregar». ¿Cómo se explica que el derecho a los frutos corresponda al comprador desde que nace la obligación de entregar, y en cambio, el correlativo derecho del vendedor a percibir los intereses del precio aún no satisfecho, solamente a partir del momento de la entrega real? Porque es indudable que en el intervalo que media entre ambos momentos (obligación y entrega), los frutos corresponden al comprador, y en cambio el vendedor no puede exigir los intereses del precio. La aparente contradicción, sin embargo, se explica fácilmente, si se tiene en cuenta que la obligación de entregar, normalmente, no surge sin el pago del precio, ya que nos encontramos ante obligaciones sinalagmáticas, y que si la entrega se hace sin que haya mediado dicho pago, ello obedecerá a que las partes han estipulado un determinado plazo—expresa o tácitamente—, y entonces se deberán los intereses como compensación de los frutos (supuesto segundo), o bien el comprador incidirá en mora automáticamente por la entrega y cumplimiento de su obligación por parte del vendedor, y los intereses entonces adeudados, serán los intereses moratorios (supuesto tercero).

Pero en cambio, ¿cómo armonizar el principio contenido en el artículo 1.095, que no atribuye al comprador los frutos hasta que nazca la obligación de entregar, con el principio de la perfección, en virtud del cual el comprador asumiría los riesgos desde el momento en que la compraventa quedó perfecta como contrato? ¿Habríamos de entender aquí una excepción al principio de que los riesgos los soporta quien tiene el derecho a los lucros? Porque si vendo una cosa y estipulo que no habré de entregarla hasta dentro de tres meses, es indudable que los frutos no corresponderán al comprador hasta transcurrido dicho término. Pero ¿habrá ese mismo comprador, a pesar de ello, de asumir los riesgos inmediatamente una vez perfeccionado el contrato? Una afirmación absoluta del principio «periculum est emptoris», nos llevaría a contestar afirmativamente a esta pregunta, lo que en el fondo supondría una verdadera injusticia. Bien que al perderse en este caso el objeto de la venta, quedase extinguida mi obligación de entregarla ya que

esto es lo que dispone el artículo 1.182, pero atribuirme además el derecho a exigir el pago del precio beneficiándome también de los frutos producidos durante este intervalo (que es lo que dispone el artículo 1.095), resulta a todas luces contrario al más elemental sentido de la justicia.

No se trata, por lo tanto, de negar o afirmar la vigencia del antiguo principio de que las cosas perecen para el comprador dentro de nuestro derecho positivo, lo cual carecería en el fondo de sentido, ya que es indudable, dados los precedentes y estado de la doctrina al publicarse nuestro Código civil de 1889, que el mismo fué tenido en cuenta, aunque no expresa y directamente formulado por el legislador, sino más bien de fijar dentro de qué límites y a partir de qué momento puede entrar en juego el referido principio: entre el radical sistema de la perfección y el de la tradición, pensamos que cabe establecer, sin contradecir con ello las normas del Código, ciertas posiciones menos radicales, pero más ajustadas a las exigencias de las diferentes situaciones posibles, evitando excesos de generalización que a veces llegan a ser perturbadores. El exacto planteamiento del problema no puede, a nuestro juicio, ser la mera afirmación de que el comprador asume los riesgos de la cosa vendida, sino más bien este otro: a partir de qué momento y en qué casos asume el comprador los riesgos de la cosa vendida.

Según el artículo 1.460: «Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato». Es decir, que para que haya compraventa se precisa un objeto, que en este caso falta, cualquiera que haya sido la causa de su perecimiento; y carente el contrato de uno de sus elementos esenciales—no se puede consentir sobre la nada—, resulta indudable que nos encontramos, no ante un supuesto de nulidad, sino de inexistencia. Esto sentado, y por argumentación contraria, hemos de llegar a la conclusión de que la pérdida del objeto producida después de perfeccionada la compraventa, no afecta para nada la validez del contrato: el perecimiento de la cosa que está «in obligatione», en virtud de la relación contractual creada, podrá determinar una responsabilidad contractual (derivada de la culpa), que convertirá la obligación en obligación de resarcimiento de daños y perjuicios, o bien si es debida a caso fortuito, la extinción de la obligación de entrega que gravitaba sobre el vendedor.

Si partimos de la base de la venta pura y al contado en que simultáneamente se concierta el acuerdo obligatorio y se hace tradición de la cosa y del precio, carece de sentido el planteamiento de la cuestión: es indudable que entonces se ha agotado en el acto el contenido obligatorio del contrato de compraventa mediante su total consumación, y que únicamente podrá suscitarse la cuestión del perecimiento por vicios ocultos, que nada tiene que ver con la de los riesgos que aquí nos ocupa. Esta tiene solamente sentido cuando la perfección de la compraventa, producida por

la prestación del consentimiento sobre la cosa y sobre el 'precio, y determinante solamente de efectos obligatorios, no reales, y la consumación total de esas obligaciones originadas por el contrato, media un lapso de tiempo más o menos largo.

Cabe entonces preguntar, cuáles sean las causas o razones que pueden determinar esa dilación de los actos de cumplimiento, y a quién deba ésta imputarse en cada uno de los casos. En principio, la consumación de la compraventa exige una actividad cooperadora de vendedor y comprador, y así es posible que uno de ellos haya realizado por su parte cuantos actos sean precisos para el cumplimiento de su obligación, y la otra no haya prestado todavía su actuación necesaria. Cómo es posible también que, aun perfecto por la prestación del consentimiento, el contrato de compraventa, la obligación de entregar no haya surgido todavía, sino que por previsión expresa o tácita de las partes haya sido diferida a un momento futuro. Ello nos llevará forzosamente a discriminar los diferentes momentos y situaciones que pueden mediar entre la perfección del contrato y la entrega real de la cosa.

Excedería de los límites forzados de esta memoria un estudio detenido acerca del origen y alcance del principio «periculum est emptoris» dentro del Derecho romano, que nos conduciría necesariamente a la confirmación de cuanto venimos afirmando. En la obra justiniana se hace referencia al problema de los riesgos en más de cincuenta textos, entre los cuales puede considerarse como fundamental, Inst. 3, 23, 3; «Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenierit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit.» Si la pérdida se produjo por caso fortuito o fuerza mayor: «emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim ex his sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est. Quod si fugerit homo qui venit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolo neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum casus pertinet; si non susceperit, securus erit. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus. Utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debet emptori quia sane, qui rem nondum emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Id est etiam de furti et de damni iniuriae actione».

Se refiere el texto transcrito a los casos normales de compraventa: cuando coinciden la perfección del contrato con el nacimiento de la obligación de inmediata entrega; en ellos depende de la iniciativa del comprador, exclusivamente el hacerse cargo de la cosa, y es perfectamente justo que si por su sola voluntad demora

dicho momento, sea él exclusivamente también quien soporte los riesgos que en ese intervalo puede correr la cosa. Únicamente cuando, por cualquier circunstancia, el vendedor ha asumido, además, una obligación de custodia, puede, por razón de la custodia, no de la venta, hacérsele soportar los riesgos de la cosa: «et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet» (Ulpiano, D. 47, 2, 14, pr.). Sin embargo, no siempre el comprador puede hacerse cargo inmediatamente de la cosa, sino que existe o puede existir alguna razón ajena a su voluntad o arbitrio que impida la actual entrega: cuando se verificó la venta bajo condición suspensiva, o se estableció un término a favor del vendedor, o cuando se trata de venta alternativa, o el precio ha de ser fijado de conformidad con el peso, número o medida de las cosas vendidas, o estas deben ser especificadas por el vendedor, o elaboradas o construídas por él... En ninguno de estos casos es preciso el transcurso de cierto tiempo, o la realización de algún evento o acto posterior, por lo que el Derecho romano modifica la regla general en que se identifica la venta «contracta» con la venta «perfecta» o «impleta» para establecer una distinción entre ambos términos.

En tal sentido, por ejemplo, el texto de Paulo (33 ad ed. empti venditi. Lenel, nr. 513): «Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: *nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet*. Et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium et pure venit, perfecta est emptio.» Es decir, que el traspaso de los riesgos al comprador no se opera por la mera celebración de la compraventa, sino solamente cuando ésta llega a ser perfecta; o lo que es lo mismo, cuando las obligaciones en ella contraídas pueden ser exigidas. La venta llegaría en tal sentido a ser perfecta, produciendo sólo entonces el desplazamiento de los riesgos al cumplirse la condición o el término suspensivos, al producirse la elección en la venta alternativa, al haberse pesado o medido o contado las cosas vendidas, al haberse producido la especificación... Prescindiendo aquí de que esta interpretación de las fuentes sea o no exacta en su integridad, hemos de reconocer que nos ofrece una buena base para el estudio del derecho actualmente en vigor y la más exacta delimitación del principio que estudiamos.

En efecto, cuando el artículo 1.095, ya citado, habla de la *obligación de entregar* y no de la perfección del contrato de compraventa (no dice que los frutos y acciones corresponden al comprador a partir del contrato, sino solamente desde que nace la obligación de entregar la cosa), establece una regla perfectamente justa, que tiene una doble vertiente: al problema de los lucros, que directamente aborda, y a su correlativo de los riesgos, que parece dar por resuelto en el mismo sentido. Antes de nacer la obligación de entrega, ni el comprador puede exigirla ni el vendedor imponerla; la cosa está en poder y propiedad de este último,

y a él exclusivamente habrán de corresponder los lucros durante este período—esto es lo que se deduce del texto del citado artículo—y, por lo tanto, estimamos en justa correspondencia, los riesgos de la cosa. Por el contrario, nacida la obligación de entregar, el comprador puede inmediatamente exigir la entrega material de la cosa; si a pesar de ello el vendedor la demora, no por ello habrá de perjudicarle la omisión del deudor, y, por lo tanto, se le reconoce expresamente el derecho a los frutos que desde entonces rinda el objeto de la venta. Si, por el contrario, el vendedor está dispuesto a entregar, y el comprador, por su conveniencia o por su desidia, demora el hacerse cargo de la cosa, no por ello los riesgos de la cosa vendida habrán de recaer sobre el vendedor, que se vería en tal caso perjudicado por la omisión del comprador y no tendría ni siquiera la compensación que la percepción de los frutos pudiera ofrecerle. Si ambas cuestiones, como es universalmente admitido, exigen una solución unitaria «nam et commodum esse debet, cuius periculum est», parece claro que los riesgos no habrán de transmitirse al comprador hasta que haya surgido la obligación de entrega de la cosa vendida.

Pudiera objetarse que siendo la fuente de que derivan todas las obligaciones de la compraventa el mismo contrato, desde la perfección de éste existe para el vendedor la obligación de entregar la cosa, y que, por lo tanto, el artículo 1.095 citado es más bien un argumento a favor del inmediato desplazamiento de los riesgos al comprador, y de la admisión en el Código civil español del principio de la perfección con todas sus consecuencias. Sin embargo, estimamos que, aunque tal afirmación es inicialmente cierta, no se ajusta a la realidad en muchos casos: decir que el vendedor tiene la obligación de entregar cuando todavía no es posible exigírsela, carece jurídicamente de sentido. Ello, no obstante, sería más exacto decir que el desplazamiento de los riesgos, así como el derecho a la percepción de los frutos y accesiones de la cosa, se producía a partir del momento en que según contrato debió entregarla el vendedor. Esta interpretación nos parece la única posible y lógica del artículo 1.095. Y además, la única, también, que nos permite compaginar el principio «periculum est emptoris», con las normas que rigen en materia de obligaciones bilaterales, sobre todo en cuanto se refiere a la excepción de «contrato incumplido».

Si el pago del precio es la contraprestación debida por la entrega de la cosa, en principio, aquél no podrá ser exigido cuando ésta no haya sido entregada; de la misma manera que si yo me comprometo a prestar un determinado servicio, y luego no me es posible realizarlo, no podré exigir la retribución pactada, ya que para ello carecería de una causa que justificase tal exigencia. Pero si vendida una cosa llega el momento en que ésta ha de ser entregada, según los términos de lo convenido, es indudable que la demora en la entrega solamente puede ser imputable o al acreedor o al deudor. Si el comprador exigió la entrega mediante el

oportuno requerimiento, o bien, simplemente, pagó el precio, con lo que de modo automático puso en mora al vendedor, es claro que este último soporta los riesgos de la cosa, porque así lo dispone expresamente la Ley. Si, por el contrario, no se preocupó de pedir dicha entrega, a él solamente puede ser imputable tal demora, no existiendo, por lo tanto, razón que fundamente el exonerarle de los riesgos, haciéndolos gravitar sobre el vendedor, que soportaría de este modo un perjuicio solamente imputable al comprador. En tal supuesto aparece plenamente justificado el principio de que los riesgos corresponden a este último, ya que le son compensados, según hemos visto, con su derecho a los frutos y acciones. Otro tanto ocurrirá, y por el mismo motivo, cuando la demora sea imputable a ambas partes, y se funde en razones de recíproca conveniencia.

La cuestión, sin embargo, puede plantearse cuando la dilación en la entrega, una vez nacida la obligación de entregar, se deba a concesión graciosa del comprador, en exclusivo beneficio del vendedor. En tal supuesto, parece que habrá de estarse, ante todo, a lo que hubiesen convenido las partes, suscitándose sólo la cuestión cuando no haya mediado tal convenio. Precisamente, refiriéndonos a esta hipótesis, decíamos literalmente en un trabajo anterior:

«Perfeccionado el contrato e individualizada la cosa vendida, se presume que ésta se encuentre a disposición del comprador, y que si éste no la retira, es porque no quiere o porque no le conviene; a él solamente debe imputarse, por tanto, la dilación, y sería consiguientemente injusto que el vendedor, por cuya transigencia y buena fe tal situación había podido producirse, perdiera el precio al destruirse o dañarse fortuitamente, sin culpa alguna por su parte, la cosa. Pero esta presunción, como contenida en un precepto de derecho voluntario, derogable por la voluntad de las partes, es tan sólo una presunción «*iuris tantum*» que la prueba en contrario puede desvirtuar. De donde se sigue que siempre que pueda demostrarse que la dilación se produjo en beneficio exclusivo del vendedor, y por mera transigencia del comprador, al primero solamente deberán imputarse los riesgos, negándosele, por lo tanto, la acción para exigir el precio. Confírmase este punto de vista si consideramos que, produciéndose en virtud de la presunción contenida en el artículo 1.452 una norma de derecho excepcional, la interpretación restrictiva se impone, siendo aplicable a todos los casos que no estén claramente contenidos en la misma, la norma general que sienta el artículo 1.124. Por otra parte, según el artículo 1.258, los contratos obligan a «todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe», y es consecuencia derivada de ésta, que aquél a quien aprovecha la dilación, deben perjudicar los riesgos que de la misma pueden originarse.»

«El artículo 1.452, por lo tanto, no tiene más virtualidad que

desplazar la carga de la prueba ; pero, bien entendido que lo que hay que probar es sólo que la dilación se produjo en ventaja exclusiva del vendedor, no que éste haya incurrido en culpa o negligencia, ya que en este último supuesto, habríamos de acudir, no al precepto examinado, que excluye todo supuesto culposo y no genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, sino a las normas reguladoras de la responsabilidad contractual en general. Exclúyese asimismo el supuesto de perecimiento por vicios o defectos de la cosa anteriores al contrato (obligación de saneamiento de los artículos 1.474 y ss. del C. c.); en cambio, no modifica para nada el principio sentado, el hecho de que la pérdida se haya producido por el acto de un tercero, ya que en tal caso éste quedará obligado a indemnizar a la parte que haya de soportar el riesgo. Asimismo deberán incluirse los supuestos de experimentación, confiscación, requisita en tiempo de guerra, etc. acaecidos con posterioridad a la perfección del contrato».

Seguimos pensando, a pesar de la opinión contraria de algunos autores, que ésta es la única solución justa del problema ; pero, a fin de evitar falsas interpretaciones, consideramos precisa alguna aclaración, distinguiendo para ello diferentes supuestos que pueden presentarse. Si admitimos que, aun demorada la entrega, de mutuo acuerdo, y en provecho del vendedor, deben atribuirse los frutos que durante este tiempo produzca al comprador, a él habrían de atribuirse, en justa correspondencia los riesgos de la misma ; si fuere el vendedor quien continuara, en virtud de lo convenido percibiendo aquellos frutos y accesiones, él habría, por la misma razón, de soportar los riesgos de daños o pérdida. Sin embargo, tal solución presupone la de un problema previo, que es precisamente el mismo que acabamos de plantear, y al que únicamente podemos dársela, ateniéndonos a la interpretación que anteriormente hemos dado del artículo 1.095 : es decir, que estimamos que cuando por acuerdo expreso o tácito, se ha convenido la demora de la entrega más allá del momento inicialmente previsto, en provecho del vendedor, habrá de estimarse que aún no existe obligación de entregar, y que, por lo tanto, los riesgos y los lucros seguirán gravitando sobre éste. Por el contrario, si se convino que a pesar de la demora, los frutos y accesiones corresponderían al comprador, en justa correspondencia habrán de atribuirsele también los riesgos de la cosa. Caso distinto será aquel en que no pueda hablarse propiamente de un acuerdo, sino simplemente de una transigencia unilateral del comprador, que redunde en beneficio del vendedor : entonces no puede negarse que la obligación de entregar existe, y que, por consiguiente, el traspaso de los riesgos se produce, en tanto no se haya constituido en mora el vendedor.

Sentadas estas conclusiones, vamos a ver en qué forma puede hacerse aplicación de tal doctrina a :

2.º *La transmisión de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas.*

No supone, a nuestro entender, la compraventa de cosas genéricas una verdadera excepción al general principio que acabamos de establecer de que la asunción de los riesgos por el comprador se produce sólo a partir del momento en que surge la obligación de entrega. En este punto, sin embargo, son precisas algunas aclaraciones previas, para evitar algunos errores comunes. Ante todo, lo que hayamos de entender por compraventa de cosas genéricas. En principio, cosa genérica, por oposición a cosa específica, es aquella que no aparece determinada individualmente, sino tan sólo por su pertenencia a un «género» determinado. Pero el género es algo que no se encuentra en la naturaleza como tal género, ya que ésta únicamente nos ofrece objetos individuales, sino que constituye más bien un concepto puramente lógico, mentalmente construido, en cuanto aísla notas comunes a diferentes objetos, a los que, por un procedimiento meramente especulativo, reduce a una unidad, que se da en el plano del pensamiento, pero nunca en el de la naturaleza. Por esta razón, nunca podremos encontrar en la naturaleza «cosas genéricas», sino tan sólo cosas individuales, no encontraremos nunca «el caballo», sino tan sólo «este caballo», o «aquel caballo». En el plano del pensamiento, por el contrario, todas las cosas se nos definen como genéricas, en cuanto toda definición se produce «per genus proximum et differentiam specificam». Definimos, por tanto, un individuo, en cuanto lo incluimos en un género determinado. En tal sentido, y desde el punto de vista lógico, no desde el natural, todas las cosas son genéricas, en cuanto todas ellas aparecen incluidas en el género «cosas», de donde se sigue que no es posible definir lógicamente los géneros más remotos, y que las cosas individuales, tal como se nos ofrecen en la naturaleza, sólo pueden ser conocidas directamente mediante la intuición, y lógicamente, en cuanto pueden ser referidas a un género determinado.

Esto sentado, podemos sentar la afirmación de que no es posible hablar propiamente—aunque el uso autorice esta expresión—de compraventa de cosa genérica, sino más bien de *compraventa genérica*. La característica de esta clase de contrato consiste en que el objeto no se determina por designación directa (como ocurre en la llamada venta de cosa específica: te vendo este caballo); sino por definición lógica, señalando su género, y, a lo sumo alguna de sus características («te vendo un caballo», o «te vendo un caballo blanco»). Quiere ello decir, que depende exclusivamente de la voluntad de las partes al celebrar el contrato, concluir la venta como genérica o como específica, siquiera haya objetos que por su peculiar naturaleza se presten más a uno que a otro tipo de convención. Es preciso, para que pueda existir compraventa genérica, que los posibles objetos ofrezcan una cierta nota de fungibilidad,

o, lo que es lo mismo, que sea indiferente la entrega de uno u otro, siempre que puedan considerarse comprendidos dentro del género estipulado. Ello no quiere decir, sin embargo, que coincidan exactamente estos dos conceptos de «cosa genérica» y de «cosa fungible».

Y decimos que no coinciden ambos conceptos, porque ordinariamente se suele restringir este concepto de cosa fungible, a aquellas cosas que además de ser genéricas, «pondere, numero, mensura constant», lo que las convierte en una especie particular dentro del concepto más amplio de cosas genéricas (muchas de las cuales no son susceptibles de peso, número, ni medida); y, de otra parte, porque puede ocurrir perfectamente que una cosa en sí fungible, haya sido objeto de venta como específica, sin que pierda por ello su carácter de fungibilidad: por ejemplo, te vendo todo el trigo que contiene este granero. Si el trigo así especificado, se perdiere por culpa del vendedor, éste podrá indemnizar entregando una cantidad equivalente de trigo de la misma calidad, dada la fungibilidad de la cosa. Por el contrario, si la cosa fungible vendida como específica, perfectamente individualizada, se perdiere sin culpa del vendedor antes de ser entregada, pero después de haber nacido la obligación de entrega, se aplicará la norma general antes estudiada acerca de la transmisión de los riesgos en la venta específica, ya que la venta se hizo, no con referencia a un género, sino a una especie, o, mejor aún, se vendió una individualidad.

Tal distinción es esencial para entender el verdadero alcance de los dos últimos párrafos del artículo 1.452, que con poca reflexión la doctrina suele referir a la venta genérica, pero que, como veremos, nada tienen que ver con ésta. Dice así, literalmente, el aludido precepto: «Esta regla (la general referente a la venta específica) se aplicará a la venta de cosas fungibles, hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida.—Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador, hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora». El primero de los párrafos transcritos habla claramente del supuesto a que antes hemos hecho referencia, es decir, al caso en que las cosas fungibles se han vendido como individualizadas, y a él dispone habrá de aplicarse la regla general de la transmisión de los riesgos. El segundo párrafo, a nuestro juicio, no se refiere directamente a la venta genérica, sino más bien a la venta con fijación del precio *ad mensuram*.

A esta clase de compraventa, que no debe confundirse con la compraventa genérica, ya que lo característico de ella no es que las cosas se hayan definido en el contrato como genéricas, sino que la venta se llevó a efecto con perfecta individualización del objeto, y únicamente se hizo depender el precio de la medida, número o peso de las cosas vendidas: te vendo todo el trigo que contiene

este granero, a tantas pesetas la fanega. La cosa está determinada, y el precio, solamente es determinable. A ella se refería un fundamental texto de Gayo (D. 18,1,35, 5 y 6):

«In his quae pondere numero mensurave constant, veluti frumentum vino oleo argento, modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumeratve sint. Nam si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum, quantumcumque esset, uno pretio venierit, idem iuris est quod in ceteris rebus. Quos si vinum ita venierit ut in singulas amphoras, item oleum ut in singulos metretas, item frumentum ut in singulos modios, item argentum ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emptio perfici. Quod similiter scilicet quaeritur et de his quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri ut in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris aut in singulas libras quas adpenderis aut in singula corpora quae adnumeraveris. Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit: si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus».

Este pasaje de Gayo, aunque no se refiere directamente al problema de los riesgos, sino tan sólo al momento de perfección de la «emptio ad mensuram», de la cual, en definitiva ha de depender la transmisión de los riesgos al comprador (ya que según hemos anteriormente indicado, en derecho romano tal transmisión no es efecto de la «emptio contracta», sino de la «emptio perfecta»), constituye la base doctrinal que ha inspirado a los redactores del artículo 1.452 del C. c. en los dos párrafos antes transcritos, que se apoya, por lo tanto, en la doctrina de la escuela de Sabino, ya que, según parece inferirse del texto transcrito, los proculeyanos mantenían la tesis contraria, es decir, que la venta era perfecta desde el primer momento, ya que nada se oponía a que se procediere a la inmediata medida, peso o cuenta de las cosas fungibles vendidas. Pero además, en el último inciso, se asimila al caso de la venta de cosas fungibles «ad mensuram», la venta de una universalidad integrada por varios objetos diversos, aunque no fungibles: por ejemplo, una biblioteca (el autor dice el rebaño), en que el precio se fija a tanto el volumen, aunque éstos no sean entre sí fungibles, e incluso puedan ser ejemplares únicos por su rareza: se trataría también de una «emptio ad mensuram», y a ella habríamos de aplicar idénticas normas; es decir, sólo después de haberse contado el número de volúmenes, y de esta forma determinado el precio, podría entenderse que los riesgos se habían desplazado al comprador.

Sin entrar a discutir aquí la argumentación de los sabinianos,

relativa al carácter condicional de la venta «ad mensuram», que no se ajusta, desde luego, al concepto que nosotros tenemos de la condición, sólo nos interesa destacar la identidad de solución de nuestro Código con el texto de Gayo. En definitiva, el fundamento del artículo 1.452 parece ser más bien el de que, hasta que se haya determinado el precio, no existe la obligación de entrega, ni es ésta posible, por tanto, hasta llevar a cabo la mensura, por lo que, aplicando la regla general, tampoco puede producirse, hasta ese momento, la transmisión de los riesgos al comprador. Únicamente en caso de mora del vendedor—ha de entenderse que en realizar la medida o peso, ya que la entrega no es posible sin el cumplimiento de este requisito—continuarán gravitando sobre él los riesgos de la cosa o cosas vendidas.

De lo dicho se infiere, a nuestro juicio, que la «emptio ad mensuram» no es venta genérica, sino específica, en cuanto el objeto aparece perfectamente individualizado desde el primer momento, y, por lo tanto, que refiriéndose a este solo supuesto el último párrafo del estudiado artículo 1.452 del C. c., falta en dicho Cuerpo legal una norma especial que solucione directamente el problema de la transmisión de los riesgos en la venta genérica. Esta se inspira en su regulación, en algo completamente distinto: el principio «genus nunquam perit». En cuanto objeto de la venta no son, como en el caso anterior cosas individualizadas y concretas, sino determinables en relación a un género que se define en el contrato, no cabe, en principio, la extinción de la obligación por perecimiento de la cosa, ni es, por tanto, de aplicación el artículo 1.182 del C. c., únicamente relativo a «la obligación de entregar cosa determinada». Por otra parte, y según el artículo 1.167: «Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubieren expresado, el acreedor no podrá exigiría de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior». A su vez el párrafo segundo del artículo 1.096 determina que: «Si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir—el acreedor—que se cumpla la obligación a expensas del deudor».

Estimamos que la distinción es fundamental, ya que en realidad entre la compraventa genérica y la específica existen diferencias tan esenciales como entre el mutuo y el comodato, y sólo en un sentido limitado pueden ser consideradas como integradas en un concepto unitario, ya que su regulación es sustancialmente diferente en la mayor parte de sus efectos. Pero prescindiendo del más general problema de si sería conveniente en los futuros Códigos regular ambas figuras como instituciones diferentes—el derecho romano clásico, por ejemplo, no parece haber admitido la compraventa genérica, acudiendo, cuando de ella se trataba al mecanismo de la «stipulatio»—hemos de limitarnos aquí a señalar la diferente transcendencia que el perecimiento fortuito de la cosa puede tener cuando se han vendido cosas fungibles determinadas («ad

mensuram», o a precio cierto), y cuando las mismas se mencionan en el contrato genéricamente y sin la debida individualización.

En el primer caso, que es el anteriormente examinado, y a que alude el último párrafo del artículo 1.452, el perecimiento de las cosas fungibles desde el principio individualizadas (aunque aún no haya nacido la obligación de entrega que produce el desplazamiento de los riesgos), exonera al vendedor de la obligación de entregar otras equivalentes en su lugar, ya que éstas fueron vendidas específicamente, como individuos, y no como género; cualesquiera que sea su calidad (superior o inferior) el comprador no puede exigir otras distintas, ni el vendedor imponer el pago con otras diferentes, aunque fueran de mejor calidad. En definitiva, se trata de venta específica, y no puede tener a ella aplicación el principio de que los géneros nunca perecen, ni serle de aplicación aquellas otras normas que el C. c. limita a las ventas genéricas.

En el segundo supuesto, es decir, cuando se trate de venta genérica propiamente dicha, la pérdida producida antes de la individualización o especificación del objeto de la venta, es intrascendente: el vendedor seguirá obligado a la entrega de los objetos estipulados, porque el género no ha podido perecer, y habrá de entregarlos de la misma especie y calidad pactadas, y si no lo hiciera, podrá el comprador adquirirlos a su costa, aunque el precio de los mismos sea superior al que se estipuló en el contrato. De aquí se deduce que cuando se trata de venta «ad mensuram», el vendedor soporta el riesgo hasta que la medida se realiza, en el solo sentido de no poder exigir el precio de la cosa perdida; en cambio, cuando se trata de venta genérica, se mantiene la obligación de entregar otro tanto de la misma especie y calidad pactada, y correlativamente, como es natural, la del comprador de pagar el precio convenido, con lo que, en definitiva, no sólo soporta el vendedor el riesgo de las cosas perdidas, sino además el de la diferencia de precio que haya de pagar por las que deba adquirir para suplir aquéllas.

Sin embargo, dentro de la venta genérica se impone hacer algunos distinguos ya que el principio de que los géneros nunca perecen tiene un valor muy relativo. Si la venta se hizo refiriéndose a una determinada cantidad de cosas genéricas, consideradas en abstracto, parece que aquel principio puede aplicarse en toda su amplitud, a no ser que por cualquier circunstancia, ajena a la pérdida de la cosa, la prestación resulte imposible: por ejemplo, porque no existan en el mercado cosas de aquella especie y calidad, en cuyo caso, la obligación de entregarlas habrá de reputarse extinguida por imposibilidad. El que resulte extraordinariamente onerosa su adquisición, podrá determinar problemas que exceden de los límites de la cuestión objeto de esta memoria, y que más bien encajan dentro de la teoría del riesgo imprevisible (la cual, por otra parte, no se limita a la compraventa genérica, sino que

se extiende también a la específica). Pero cabe pensar, y de hecho se da con mucha frecuencia, que la venta se refiera a cosas que forman parte de una determinada masa de que en el momento de perfeccionarse el contrato, puede disponer el vendedor: Te vendo cien fanegas del trigo que se encuentran en mi granero.

Nos encontramos entonces ante un tipo de compraventa que guarda ciertas analogías con la venta «ad mensuram», pero que se diferencia sustancialmente de ella, en cuanto no tiene un objeto desde el principio delimitado, sino que debe ser individualizado previamente. En la venta «ad mensuram», la cosa está determinada, y el precio es solamente determinable mediante la medida; en la figura que ahora examinamos, por el contrario, el precio está determinado desde un principio, y el objeto es el que debe ser determinado mediante esa medida. Es el supuesto previsto por Gayo (D. 18,1,35,7): «Sed si ex doleario pars vini venierit veluti matretae centum, verissimum est quod et constare videtur, antequam ametiatur, omne periculum ad venditorem pertinere: nec interest, unum in singulos eos» (En el mismo sentido Ulpiano, D, 18,6,5). Y, con mayor claridad, C. 4,48,2,pr.: «Cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione periculum vini emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit».

Es evidente la consecuencia: si la pérdida o el daño se produce antes de haberse llevado a efecto la individualización de las cosas vendidas, no puede el vendedor exigir el precio; pero, estará obligado a suministrar una cantidad equivalente del mismo género, aunque para ello tenga a su vez que adquirirla. Si aplicásemos la regla de que los géneros nunca perecen, forzosamente habríamos de contestar afirmativamente a la cuestión. Sin embargo, si tenemos en cuenta lo que anteriormente hemos expuesto acerca del concepto de venta genérica, podremos comprobar que en la hipótesis ahora examinada, la determinación de la cosa no se ha hecho en relación a un género determinado por sus caracteres abstractos, sino, más concretamente, lo vendido ha sido tan sólo «una parte de determinada masa», que es cosa muy distinta. La voluntad de las partes, al contratar, no quiso cosas de un determinado género, sino precisamente cosas de aquella determinada masa, y así como el vendedor no podría pretender imponer al comprador el recibo de cosas que aun perteneciendo al mismo género que las que fueron objeto de la venta, no formasen parte de la masa a que el contrato se refiriera, tampoco podrá éste exigir a aquél, en caso de pérdida, la entrega de otras distintas, aunque del mismo género.

Es decir, que no nos encontramos ante una verdadera forma de compraventa genérica, sino más bien ante una especial figura que ofrece notable similitud con la venta alternativa, y a la que, según nuestro modo de pensar, habrán de aplicarse, por lo menos en este respecto, las normas relativas a esta clase de obligaciones.

Ciertamente que en la obligación alternativa típica se parte del supuesto de una pluralidad de prestaciones distintas, de las cuales una sola es necesaria para el pago, y en cambio en la hipótesis ahora examinada, únicamente existe una prestación («in obligatione» e «in solutione»); pero esa prestación única tiene un objeto solo relativamente determinado, siendo posible la elección entre varios de los contenidos en la masa de que se vendió una parte, lo que nos lleva a la conclusión de que la pérdida fortuita de todos ellos antes de la individualización, aunque gravita sobre el vendedor, en el sentido de que pierde el derecho a exigir el precio, extingue su obligación, ya que no se le puede exigir la prestación de una cantidad equivalente de cosas del mismo género.

Resumiendo lo dicho, tenemos que únicamente se produce el desplazamiento de los riesgos al comprador, cuando de compraventa de cosas genéricas se trata, una vez que se haya llevado a efecto su debida individualización, mediante la correspondiente medida, peso o cuenta, si es que ésta era necesaria. Sin embargo, se plantea la cuestión de cuándo debe estimarse efectuada tal individualización con efectos jurídicos plenos, y si el hecho de tal individualización es por sí solo suficiente para producir el traspaso de los riesgos.

En cuanto al primer extremo, hemos de preguntarnos si la individualización de las cosas objeto de la compraventa se realiza en virtud de un acto unilateral del vendedor, o si exige, por el contrario, una intervención y aquiescencia del comprador. Habremos, naturalmente, en este punto, de estar a lo prevenido por las partes en el contrato; a falta de pacto, el uso será el que pueda ofrecernos la norma necesaria para estimar debidamente efectuada la individualización; pero, en todo caso, ningún precepto exige la intervención del acreedor en estas operaciones, aunque parece lógico exigir le sean debidamente notificadas. Sin embargo, admitida la individualización llevada a efecto por el vendedor, no se producirá automáticamente el desplazamiento de los riesgos al comprador. Creemos que el único efecto que tal individualización produce en un principio, es el de convertir la venta genérica en venta específica, a la que habremos de aplicar desde entonces las normas generales acerca de la transmisión de los riesgos en la forma antes indicada. O lo que es lo mismo, que habrá que atender, hecha tal individualización, a si ha surgido o no con la individualización la obligación de entrega, pues sólo en el primer caso habremos de estimar, según la general doctrina, traspasados los riesgos al comprador.

Si surgida tal obligación, el comprador no se hace cargo de las cosas vendidas, a él solo será imputable tal demora, y a él también corresponderán los riesgos, si, por el contrario, surgida tal obligación el vendedor incurre en mora, éste y no aquél será el afectado por la posible pérdida o deterioro de la cosa. Esta doctrina, ofrece además a nuestro juicio, la gran ventaja de poder

armonizar perfectamente la solución del C. c., con la preconizada por el C. de c., como vamos a ver seguidamente.

3.º *La transmisión de los riesgos en la compraventa mercantil*

Según el artículo 331 del C. de c.: «La pérdida o deterioro de los efectos antes de su entrega, por accidente imprevisto o sin culpa del vendedor, dará derecho al comprador para rescindir el contrato, a no ser que el vendedor se hubiere constituido en depositario de las mercaderías con arreglo al artículo 339, en cuyo caso se limitará su obligación a la que nazca del depósito». Y el artículo 333 establece que: «Los daños y menoscabos que sobrevinieren a las mercaderías, perfecto el contrato y teniendo el vendedor los efectos a disposición del comprador en el lugar y tiempo convenidos, serán de cuenta del comprador, excepto en los casos de dolo o negligencia del vendedor».

El verdadero alcance de estos preceptos, combinados, es el siguiente: 1.º Si la cosa perece o daña en términos tales que resulte imposible su entrega—supuesto que no puede darse más que en relación a cosas determinadas, ya que los géneros, como hemos visto no perecen—quedará extinguida la obligación de dar, y el comprador, según el artículo 331 y el 335 del C. de c., no deberá pagar el precio, y, si ha realizado ya el pago, podrá repetirlo: la cosa se pierde, pues, para el vendedor, que es quien en este caso se empobrece. 2.º Si la cosa se deteriora, y a pesar de ello sigue siendo posible la entrega, aunque la prestación resulte incompleta o defectuosa, el comprador puede optar entre rescindir el contrato o exigir la entrega, en la forma en que aún sea posible; en el primer caso, el vendedor pierde la cosa, y debe devolver el precio si lo hubiere recibido; en el segundo caso, el comprador «asume voluntariamente el riesgo», y debe pagar el precio en su integridad al vendedor.

Sin embargo, el artículo 331, experimenta, por vía excepcional, una limitación en el supuesto de que el vendedor se hubiera constituido en depositario de las mercancías, con arreglo al artículo 339, y en el previsto en el artículo 333, de que «tenga a disposición del comprador los efectos en el lugar y tiempo convenidos». Ello plantea la cuestión de determinar qué relación existe entre «entregar», «poner a disposición» y «depósito judicial». En nuestro anterior trabajo dedicado a esta materia, establecíamos las siguientes conclusiones en orden a la interpretación de estos conceptos:

1.º La fijación del momento en que los riesgos han de traspasarse al comprador en la compraventa mercantil, depende de la autonomía de las partes, pudiendo sólo llegarse a la determinación del mismo, mediante una interpretación del contrato. A falta de estipulación contractual de que pueda inferirse directa o indi-

rectamente, dicho momento, habrá de acudirse a los usos de comercio observados generalmente en cada plaza.

2.ª Por lo tanto, los artículos 331 y 333 del C. de c. tienen sólo carácter de derecho voluntario, derogable por la voluntad de los contratantes, y sientan únicamente una presunción «*iuris tantum*» susceptible de prueba en contrario que venga a desvirtuarla en el caso en que exista un acuerdo o un uso divergentes en este sentido.

3.ª Tal presunción puede formularse en los siguientes términos: los riesgos se transmiten al comprador únicamente a partir del momento de la entrega de las cosas vendidas, a no ser que se pruebe que con anterioridad fueron éstas puestas a disposición del comprador en el tiempo y lugar convenidos.

4.ª La «entrega» a que se refiere el artículo 331 del C. de c. es la entrega material de la cosa, que, las más de las veces, coincidirá con la tradición real; pero que otras producirá, como subsiguiente a una tradición fingida anterior, efectos meramente transmisivos de la posesión, y, consiguientemente, de los riesgos.

5.ª Esa tradición fingida previa, solamente causará el desplazamiento de los riesgos, cuando implique una puesta a disposición real de la cosa vendida. Así, por ejemplo, la mera tradición instrumental, en los rarísimos casos en que la compraventa mercantil se formalice en documento privado, no alterará en tanto que las mercancías no sean puestas a disposición o entregadas al comprador, el principio general sentado por la doctrina mercantil de que la cosa perece para el vendedor.

6.ª La puesta a disposición puede ser una manifestación externa o una consecuencia de la *facta traditio*, cuando así se haya estipulado en el contrato expresamente, o cuando pueda deducirse, mediante la interpretación, que tal fué la voluntad de las partes. Sin embargo, el mero hecho de que se diga en el contrato que las cosas quedan a disposición del comprador, y que el vendedor se constituye en depositario de las mismas desde el momento de la perfección, no es suficiente para que el desplazamiento de los riesgos se produzca cuando se pruebe que realmente tal puesta a disposición no ha tenido lugar en la práctica. Asimismo, si con posterioridad a haber estado la cosa a disposición del comprador deja de estarlo por causa que no le sea imputable, los riesgos acaecidos con posterioridad a tal hecho, serán de cuenta del vendedor.

7.ª Cuando nada quepa deducir, mediante la interpretación del contrato acerca de la voluntad de las partes en orden a la determinación del momento en que ha de producirse la puesta a disposición de la cosa vendida y subsiguiente desplazamiento de los riesgos, y falte un uso de comercio generalmente observado que pueda resolver la cuestión, no bastará que el vendedor se encuentre dispuesto a entregar, ni que la cosa vendida esté *realmente* a disposición del comprador, sino que será, además, necesario que éste la reciba, o aquél, previo el cumplimiento de las formalidades

oportunas, la deposite judicialmente para que los riesgos puedan transmitirse al comprador, y nazca para éste la obligación de pagar el precio.

8.º En las ventas de «plaza a plaza», es decir, en aquellas en que las mercancías han de ser transportadas a sitio distinto de aquél en que se encuentran en el momento de perfeccionarse el contrato, hemos de distinguir dos supuestos diferentes: que el vendedor se haya obligado a situarlas en el lugar indicado en el contrato, o que, simplemente se haya comprometido a realizar su expedición a dicho lugar. En el primer caso, dados los términos contractuales, sólo quedará a disposición del comprador después de su llegada al punto de destino y los riesgos del transporte deberá soportarlos el vendedor; en el segundo, habrá de entenderse que, hecha la expedición en el punto de origen, la mercancía queda, desde luego, a disposición del comprador, que será, por lo tanto, quien desde luego la asuma. El hecho de que antes de la llegada y después de la expedición, pueda operarse una tradición simbólica, consistente en la entrega de los documentos representativos (cartas de porte, conocimientos de embarque, etc.), será suficiente para producir la transmisión de la propiedad, pero no alterará en ninguno de los dos casos, el momento del desplazamiento de los riesgos, que seguirá siendo en ambos, de acuerdo con el artículo 333, el convenido para la puesta a disposición. Claro está que si, debiendo quedar las cosas a disposición del comprador desde el momento de la expedición, el vendedor demora o niega injustificadamente la entrega de los documentos, habrá un incumplimiento del contrato por su parte, con todas las consecuencias que del mismo puedan derivar según la ley.

Podemos resumir toda esta doctrina en los siguientes términos: en principio, y según el C. de c., el vendedor soporta los riesgos hasta el momento de la entrega real de la cosa vendida; sin embargo, y, como quiera que dicha entrega exige actos del vendedor, pero también del comprador que ha de recibirlo, siempre que se pruebe que el vendedor ha realizado por su parte todos los actos necesarios, y que la entrega no ha tenido, sin embargo, lugar, por no haberse hecho cargo de la mercancía vendida, habremos de entender los riesgos transmitidos al comprador, pues no sería justo hacerlos gravitar sobre quien había cumplido íntegramente su obligación, sino más bien sobre el que ha diferido hacerse cargo de las cosas. De lo dicho se siguen las diferencias que existen entre la solución civil y la mercantil del problema, las cuales, en muchas ocasiones, pueden quedar reducidas en la práctica al mínimo.

Inspirado nuestro C. c. en el sistema o principio denominado de la perfección, parte de la base de que los riesgos se trasladan al comprador a partir del momento en que nace la obligación de entregar la cosa vendida, obligación que ordinariamente es simultánea a la perfección del contrato, y así ha de presumirse, salvo prueba en contrario; el Código de comercio, por el contrario, parece

fundarse en el opuesto principio de la tradición, vinculando al hecho de la entrega material la indicada transmisión de los riesgos, siquiera en aquellos casos en que tal entrega se halle sólo pendiente del recibo de la mercadería por parte del comprador, y el vendedor haya por su parte realizado todos los actos necesarios, baste la puesta a disposición de las cosas vendidas para producir ese efecto del desplazamiento de los riesgos.

Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. Causa y propósito de estas notas.—2. Argumentos en pro de la validez de las fundaciones familiares.—3. Alcance práctico de la cuestión.—4. La figura jurídica de la fundación familiar en la doctrina alemana.—5. La fundación familiar en el Derecho español: a) La doctrina de los autores. b) La regulación jurídica anterior al Código civil. c) La regulación jurídica después del Código civil.—6. Las fundaciones de carácter exclusivamente familiar.

1. CAUSA Y PROPÓSITO DE ESTAS NOTAS

Hace poco tiempo se ha publicado un notable estudio, en el que se sostiene la posibilidad de crear válidamente una fundación familiar y se recomienda la utilidad de esta figura para la práctica notarial (1). Se mantiene así una tesis nueva en nuestra doctrina y que, a mi juicio, está contradicha por normas y principios fundamentales del Derecho vigente. No merecería, quizá, ocuparse de ella, si fuese seguro que se trata de una afirmación singular y aislada; pero me parece necesario someterla a cuidadoso contraste, ya que puede temerse que en ella se manifieste un estado de opinión ya extendido, que se ha ido formando a causa de los términos, en apariencia laxos o ambiguos, en que se han expresado sobre la fundación familiar algunos de nuestros mejores tratadistas. Además, el trabajo aludido, por la lógica interna que lo preside, su convicción expositiva y los resultados seductores que ofrece a la práctica, ha de contribuir sin duda a difundir tal extravío doctrinal. Y si bien es verdad, por otra parte, lo poco probable de que los Tribunales llegasen a admitir la validez de una fundación familiar, contra la jurisprudencia del Tribunal Supremo, clara y reiterada, también lo es que cabe siempre dentro de lo posible el que los prácticos inicien un uso contra la ley, que como tal habría de resultar en perjuicio del tráfico jurídico y en desdoro

(1) CÁRDENAS: *Las fundaciones familiares del Derecho privado*. «R. D. Pr.» 36 (1952). págs. 579-590.

de la doctrina. Por ello, me ha parecido de una cierta urgencia recordar cuál es la situación legal de la fundación familiar en nuestro Derecho.

El objeto directo de estas notas será, por tanto, de alcance bien reducido, el de rechazar la tesis de la validez en nuestro Derecho de las fundaciones exclusivamente familiares. Quizá un par de páginas hubieran bastado para ello; pero aparte de ser justo indicar el mismo origen de la confusión, que también explica la del estudio antes aludido, parece conveniente, para evitar se repita, tratar del fondo mismo de la cuestión, de la naturaleza jurídica de la fundación familiar y, además, señalar la línea divisoria entre la fundación exclusivamente familiar, siempre inválida, y las fundaciones de matiz familiar que, ello no obstante, pueden ser válidas.

2. ARGUMENTOS EN PRO DE LA VALIDEZ DE LAS FUNDACIONES FAMILIARES

Los argumentos aducidos en favor de la validez de las fundaciones familiares, pueden ser condensados en las siguientes afirmaciones:

1.ª Que la doctrina en su estado actual (Castán, De Buen, De Diego, Diccionario de Derecho privado) admite la existencia de fundaciones de interés particular y hasta exclusivamente familiar (2).

2.ª Que el artículo 4.º de la Instrucción de 14 de marzo de 1899 para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia particular dice que, en las fundaciones de carácter exclusivamente familiar, el Protectorado reconoce la competencia de los Tribunales de Justicia (3).

3.ª Que si bien lo característico de la fundación es ser una organización destinada a realizar una obra desinteresada de forma permanente y reiterada, «esta nota originaria de interés público no es privativa de la fundación, sino de todas las personas jurídicas» (4); y que «si correlativamente a las Asociaciones se admite la personalidad de las sociedades civiles y mercantiles, parece que junto a las fundaciones de interés público debieran aceptarse las de *interés particular*»; concluyéndose que la persona jurídica, como recurso técnico «no tiene por qué monopolizarlo la supremacía del interés público y debe ponerse igualmente a disposición de los particulares para la consecución de sus privativos fines» (5).

(2) CÁRDENAS, loc. cit., pág. 579.

(3) Loc. cit., pág. 580.

(4) Id. id., pág. 581.

(5) Id. id., pág. 584.

4.ª Que no constituiría un caso de *fraudem legis* del artículo 781 del C. c., «pues se trata de adoptar una fórmula distinta» (6).

A estos impresionantes razonamientos se podría añadir el de que en Alemania se admiten las fundaciones familiares, como un tipo válido de fundación. Dado el respeto casi supersticioso tributado por tantos juristas a la dogmática alemana y el relieve y difusión que ella ha tenido gracias a la traducción anotada de alguno de sus más importantes tratados, no es de extrañar que este ejemplo haya contribuido poderosamente a ese estado, antes aludido, de opinión difusa favorable a la validez de la fundación familiar.

3. ALCANCE PRÁCTICO DE LA CUESTIÓN

En Derecho, nada hay más útil para centrar una discusión que el plantearla sobre ejemplos. En el trabajo tantas veces mencionado se refiere el siguiente caso: «Un padre con cinco hijos instituye herederos por partes iguales a los mismos, ordenando sin embargo, que se hicieran con su caudal seis partes, quedando la sexta de propiedad común, con objeto de que se acumularan sus rentas y fueran éstas un recurso para remediar, en su caso, las necesidades que a sus hijos y descendientes se presentaran y no pudieran solventar con sus rentas propias.» Proponiéndose que los bienes que se pretendía no fuesen enajenados formasen la dotación de una fundación familiar (7) cuyo fin sería «constituir un fondo de previsión y ahorro» (8). En este ejemplo no se da la nota de beneficencia que, en otros allí también propuestos, hace impura o mixta a la fundación familiar (9); pues el remediar las necesidades que se presenten no se refiere a una situación de pobreza, sino que se trata de evitar que se toque el capital de cada descendiente, para mantener así perpetuamente la prosperidad económica de la familia. Es este tipo de fundación *exclusivamente* familiar el que lógicamente habrá de ser examinado primero, dejando para después el estudio de las fundaciones benéficas de carácter familiar.

Otros ejemplos de fundaciones familiares, tomados ahora de la práctica alemana, pueden servirnos para medir el alcance práctico de la cuestión planteada:

1.ª El causante deja su patrimonio vinculado a perpetuidad en favor de su descendiente (o pariente más próximo) de más edad, que tendrá su administración y goce; para mantener «el honor y

(6) Id. id., pág. 586.

(7) Id. id., pág. 586.

(8) Id. id., pág. 585.

(9) Así cuando se dice que su *objeto* puede ser «socorrer a los necesitados, costear estudios, aportar dotes o premiar méritos, aunque se reduzca a los miembros de una determinada familia»; añadiéndose que responde a remediar «la penuria económica» con la misma finalidad que la «institución de los alimentos», idem id., pág. 585.

lustre de la familia», los bienes con que se vaya acrecentando el patrimonio fundacional serán concedidos en usufructo vitalicio a los parientes más cercanos, con audiencia del consejo de parientes; 2.º El patrimonio fundacional será inalienable e indivisible; los bienes serán administrados por los mayores de la familia; sus productos se distribuirán cada año entre todos los parientes mayores de dieciocho años; se prevé ayuda a viudas, huérfanos y necesitados no culpables; 3.º Las rentas del patrimonio vinculado se destinan a que el mayorazgo de la casa tenga la más esmerada educación; 4.º Las rentas de los bienes vinculados se destinan a que las duquesas solteras de la casa gocen de la situación económica adecuada a su dignidad, mal atendida—según la fundadora—por los jefes de la casa (10).

En España, en caso de admitirse su validez, parece que se aprovecharía la fundación familiar como medio para que el causante impusiese a sus descendientes el que se conservasen *perpetuamente* indivisos ciertos bienes, una explotación agrícola, una empresa industrial, organizando a su gusto la administración, confiándola a uno, al mayor por ejemplo, de los descendientes (11). Incluso, mediante una cautela como la de la cláusula sociniana, se podrían llegar a imponer de hecho vinculaciones sobre la misma legítima (12).

Los efectos de orden general que la validez de las fundaciones familiares pudieran producir en la vida social y económica española, es posible conjeturarlas teniendo en cuenta los resultados económicos y sociales que originó la vinculación y que al fin condujeron a la legislación desvinculadora (13). En los tiempos actuales ha de temerse más aún que la amortización de tierras, la vinculación de valores mobiliarios, de las participaciones en esas sociedades familiares formadas por los miembros de ciertas grandes familias, que sirven no sólo para esquivar impuestos, sino para conservar el poder y lustre de sus componentes. Pero estas son consi-

(10) FROMMOLD: *Die Familienstiftung*, A. C. Pr. 117 (1919), págs. 135-138. También GERBER: *Die Familienstiftung in der Funktion des Familienfideikommisses*, J. J. 2 (1858), pág. 352; SCHEURI: *Familienstiftung*, A. C. Pr. 77 (1891), páginas 248-262.

(11) Dice CÁRDENAS, loc. cit., pág. 586, que disponiendo el padre que la sexta parte de sus bienes quedase en propiedad común de sus cinco hijos, «esa parte que quedaba proindiviso entre los cinco hijos tiene indiscutiblemente eficacia mientras ellos vivan». Pero debe tenerse en cuenta que la indivisibilidad no puede imponerse, conforme a lo dispuesto en el art. 1.051 C. c. en relación con el artículo 1.708, 4.º, 1.056 y 400 C. c. (Ya en D. 10. 3. 14. 2)

(12) Dispensándose que el hijo, que no aceptase sus beneficios en la fundación y la validez de ésta, heredaría sólo lo que le correspondiese por legítima estricta, pasando las partes de mejora y libre disposición al hijo o hijos que se declarasen dispuestos a cumplir la voluntad del causante. Sobre la dudosa validez de estas cláusulas, que lindan o están ya en el campo del fraude a la Ley. FUENMAYOR: *Intangibilidad de la legítima*, A. D. C. 1 (1948), págs. 65-72.

(13) En Alemania la vinculación de bienes en forma de fundaciones familiares alcanzó un volumen casi increíble de millones de marcos. FROMMOLD, loc. cit., pág. 90.

deraciones que exceden del ámbito estrictamente jurídico, que es el que aquí interesa.

En fin, si fueran admitidas las fundaciones familiares, no habría ya ninguna razón válida para negar eficacia en nuestro Derecho a cualquier otra fundación particular, con tal que su finalidad no fuese ilícita. Podría el poeta o dramaturgo fracasado destinar sus bienes a forjarse una fama póstuma y cualquier original dedicar su patrimonio a estudios sobre la cuadratura del círculo o del movimiento continuo, a la conservación de su casa como si él siguiera viviendo, o a dar habitación en ella a ciertos animales. Así, la sociedad sería menos monótona—y pueden imaginarse ciertamente ejemplos más pintorescos que los mencionados—pero a costa de desviar los bienes de su función propia y de poner el Derecho al servicio de fines poco serios o arbitrarios.

4. LA FIGURA JURÍDICA DE LA FUNDACIÓN FAMILIAR EN LA DOCTRINA ALEMANA

Este apartado pudiera pensarse que es del todo superfluo, pues no parece necesario referirse a un Derecho extranjero cuando se trata de resolver una cuestión de la que se ha afirmado antes que está claramente resuelta por las leyes y respecto a la que el Derecho alemán da precisamente una solución contraria a la española. Ello no obstante, se ha creído indispensable incluirlo. Para desarraigar el error básico de la tesis aquí criticada y evitar otros parrecidos de igual procedencia, será preciso ahondar hasta su propio origen; y éste se encuentra en una desgraciada desviación de la doctrina alemana sobre los conceptos de fundación y de fundación familiar, que seguida por tratadistas de otros países ha llegado a deformar la doctrina común. El examen de la doctrina alemana se trae a cuento, pues, en la esperanza de que con él se aclare la visión sobre dichos conceptos, termine la confusión sobre la naturaleza de la fundación familiar y se facilite la respuesta a otras cuestiones sobre la regulación jurídica de la fundación.

Los pocos autores que se han ocupado especialmente de la fundación familiar se quejan de que ha sido una de las instituciones más descuidadas por la doctrina (14), y quizá más que de desatención hubieran debido lamentarse de la desorientación general reinante sobre su origen y naturaleza. Por ello, parece conveniente recordar algunos datos sobre uno y otra (15).

Las casas de la alta nobleza alemana habían evitado la disgregación de sus bienes, que pondría en peligro la continuidad de

(14) SCHEURL loc. cit., pág. 243; FROMMHOLD loc. cit., pág. 87; BEHREND, *Zur Dogmatik der Familienstiftungen*, J. J., 72 (1922), pág. 118.

(15) Las referencias de FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, trad. esp. 1929, págs. 618-620, no son utilizables a este respecto, pues no distingue las características del Derecho alemán de la propia opinión.

su preponderancia, vinculando los bienes de abolengo («bona aviatica», «stemmatica») en virtud de su potestad de soberanos autónomos. En el siglo XVI, aprovechando la favorable coyuntura social, la nobleza inferior, los patricios de las ciudades, los comerciantes y prestamistas, hacen también por vincular sus fincas y empresas, para conservar el codiciado «splendor familiae» («ad honorem ornatumque»). La autoridad del Derecho español, unidos la moda y el interés, facilita la difusión de la figura jurídica del mayorazgo (16); y apoyados los prácticos en tal modelo, logran pronto liberarse de las reglas romanas, imponiéndose consuetudinariamente el llamado fideicomiso familiar alemán (17).

La institución del mayorazgo suponía la vinculación de los bienes para conservarlos en la familia, estableciéndose determinados llamamientos, regularmente con preferencia al mayor de los descendientes, acompañados a veces de cargas y condiciones en favor de otros parientes (18); además, a diferencia del fideicomiso familiar romano, el mayorazgo tiene una ilimitada flexibilidad con los llamados mayorazgos irregulares y mayorazgos «de cláusula», que permite utilizarlo para las más diversas formas de vinculación mediante el establecimiento de patronatos (19), a los que se llamarán después con el nombre amplísimo de «patronatos de legos».

De modo paralelo, en Alemania se generalizan diversos tipos de vinculaciones: unas son casi simples mayorazgos, pero hay también otras que instauran una organización tan complicada que se asemeja a la constitución de un pequeño Estado, con Asam-

(16) En el siglo XVI, las grandes casas de banca—como la de los Fugger, tan relacionadas con Carlos I—, generalizándose luego en el siglo XVII, cuando la figura del mayorazgo era ya popular en Italia, Austria y Flandes. HÜBNER, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 1930, pág. 337-339. Ya GERBER, *Beiträge zur Lehre vom deutschen Familienfideikommiss*, J. J. I (1857), pág. 67.

(17) Se llamó así a semejanza del «fideicommissum familiae relictum». Se procuró por los civilistas antiguos y los pandectistas modernos (comp. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 1886, III, 1, págs. 380-384) acercar ambas instituciones, pero se encontraban con el obstáculo insuperable de Nov. 159, c. 2 y c. 3, que limita el fideicomiso a cuatro generaciones o sucesiones. La diferencia la señaló con cuidado MOLINA, *De hispanorum primogeniorum*, 1650, I, 1, § 14, página 4; también PÉREZ DE LARA, *De anniversariis et capellanis*, I, 4, § 23 sig.; ed. 1733, pág. 14 sig. y allí citados.

(18) MOLINA, *De hispanorum primogeniorum*, ed. 1650, I, 1, § 22, pág. 5, resalta su fin; «ut in familia integra perpetuo conservetur». MATIENZO dice: «ut nomen eius familiae perpetuo conservetur», *Commentaria in librum quintum Relectionis legum Hispaniae*, 1613, 5, 7, I, gl. 1, fol. 164, vto. § 6. En la práctica real para fundar mayorazgos se autorizaba para constituirlos «con los vínculos, reglas, instituciones, veramientos, sumiciones, penas, fuerzas y firmezas y otras cosas que pusieredes y que quisieredes poner en el dicho Mayorazgo». MOLINA, *idem*, II, 17, pág. 336.

(19) Como señala MIERES (Peláez de), *Tractatus de maioratus*, 1575, folio 5 vto: muchos vinculan ciertas cosas o parte de sus bienes: «per vram patronatum», lo que «in substantia sunt quidam maioratus» y aunque, según el lugar, se les llame con otro nombre, «substantia rei non immutetur», fol. 6.

bleas de parientes, censores, jueces y hasta prisión familiar (20). No parece que se distinguiese entre los distintos tipos, pues atendiendo a la forma de la vinculación todos eran llamados fideicomisos, aun los de la más compleja estructura (21). El término de fundación se emplea en el sentido general de crear o establecer (o documento en el que consta la creación) la vinculación; como se habla aún hoy de fundar una familia o una empresa. Sólo en época relativamente reciente se empezó a distinguir entre fideicomiso de familia y fundación familiar; dando el primer nombre a las simples vinculaciones, las únicas parecidas al fideicomiso romano y dejando el segundo, todavía sin valor técnico especial, para las demás vinculaciones en las que el documento fundacional tenía especialísima importancia dado lo intrincado del mecanismo que se creaba.

En el momento de formarse la doctrina moderna de la persona jurídica, se consideró como tal sólo a aquella entidad que tenía vida independiente, una cierta permanencia y que además por su interés público merecía el privilegio de la personalidad (22). Conforme a ello, se considera persona jurídica, tipo fundación, sólo a los establecimientos piadosos y de común utilidad (23). Este criterio suponía, naturalmente, que la vinculación de bienes a favor de una familia no pudiera ser en ningún caso estimada fundación en sentido técnico y, por tanto, tampoco como persona jurídica. Será, pues, lógico que se diga, que la fundación familiar no es una verdadera fundación, sino sólo «un fideicomiso de familia modificado» (24).

La doctrina alemana—como se recordará—abandona más tarde la concepción realista de la persona jurídica y sigue una concepción formalista o abstracta; según ella, se considera persona jurídica, tipo fundación, a cualquier complejo de bienes o patrimonio destinado a un determinado fin (25). La cuestión sobre la

(20) Así el ejemplo de fundación familiar aducido por SCHEURL, loc. cit. páginas 249 y ss.

(21) En el documento mismo de la fundación familiar que aporta SCHEURL se dice que se constituyen «fideicommissa con previsiones bien pensadas para favorecer que se mantenga en los descendientes el honor y prosperidad de la familia», los que se distinguen de las fundaciones piadosas en favor de pobres y necesitados, pág. 250, y además se menciona la «casa del fideicomiso familiar», página 257.

(22) F. DE CASTRO, *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, A. D. C. (1949), pág., 1.399; *¿Crisis de la Sociedad anónima?* R. E. P. (1950), pág. 77.

(23) SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, trad. esp., 1879, II, § 86, páginas 63, 64; PUCHTA, *Pandekten*, 5.^a ed. por RUDORFF, 1850, § 27, pág. 40; VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, 7.^a ed., 1865, I, § 60, pág. 101; ROTH, *Ueber Stiftungen*, J. J. I (1857), págs. 202-205, que menciona como ya HEISE (*Grundriss*, § 998, N. 13) la caracterizaba así, pág. 189, N. 2.

(24) ROTH, loc. cit., pág. 202.

(25) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3.^a ed. 1873, I, § 57, página 137; REGELSBERGER, *Pandekten*, 1893, § 75, pág. 293; BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, 1886, I, § 69, pág. 277; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 1895, I, § § 77, 78, págs. 635-645.

naturaleza de la fundación familiar se plantea desde entonces en otro terreno, pues ha desaparecido el criterio discriminador de la concepción realista de la fundación. Pues si la fundación familiar consiste en una vinculación de bienes para un fin determinado, a la que incluso se le conoce ya con el nombre de fundación (26), ¿cómo no considerarla verdadera fundación? Así, con este simplista razonamiento y sin mayor reflexión, la doctrina común en Alemania incluirá entre las fundaciones a la fundación familiar (27).

Los autores de obras generales podían estimarse satisfechos con estas afirmaciones, pero los que trataron especialmente la cuestión—antes o después de publicado el Código civil alemán—se encontraron con gravísimas dificultades de orden teórico y práctico. Definida la fundación familiar como «ordenación por la que alguien destina o asigna para una familia ciertos beneficios de determinados bienes o capitales» (28), se imponía atender al significado que se da tanto a la familia como a la vinculación de los bienes.

La idea de la atribución a la familia—no individualmente a cada uno de los sucesivos beneficiados—corresponde a la concepción predominante en la Prusia del siglo XVIII, de que las familias eran «corpora» o sujetos jurídicos a los que pertenecían derechos y obligaciones. La consecuencia natural será entender que la «fundación familiar» pertenece a la familia («ad decorum et splendorem familiae») y que ésta es una Corporación cuya voluntad se expresa en la Asamblea de los parientes. Esta teoría será, en efecto, la general en la doctrina prusiana anterior y posterior al Código civil alemán (29). Sin embargo, la corriente dominante en Alemania (los tratadistas de Derecho civil en general) la ha rechazado, señalando el hecho de la progresiva disolución de la asociación familiar y lo artificioso de estimar a la familia como una persona jurídica (30). Pero la teoría sostenida por estos últimos autores, la de que es una persona jurídica, tipo fundación, encuentra obstáculos aún más difícilmente superables. Pues ha de advertirse que, conforme a la ley, los miembros de la familia con derecho a gozar de los beneficios de la fundación pueden cambiar el fin de la fun-

(26) No se escuchó siquiera la advertencia de BRINZ de que el uso de la frase «fundación familiar» no era decisiva para la existencia de un patrimonio fundacional, loc. cit., III, 1, § 446, N. 28, pág. 552.

(27) WINDSCHEID, loc. cit. I, pág. 138, N. 10; REGELSBERGER, loc. cit., página 346, N. 5; BEKKER, loc. cit., pág. 279, N. p.; GIERKE, loc. cit., I, página 648.

(28) Pr. A. L. R., II, 4, § 21.

(29) Incluso de otros autores como PÖLZL y HINSCHUS; citas de éstos y de la doctrina prusiana en FROMMHOUD, loc. cit., pág. 114.

(30) No deja de ser extraño que se haya dicho que las familias de la alta nobleza forman una corporación que es propietaria del patrimonio de la casa (BESELER, GIERKE) y se niegue esta condición cuando se trata de los fideicomisos y fundaciones familiares de otras familias; pues no puede ser decisivo que en un caso se haga jugar a la autonomía derivándola de un acto de soberanía y en otra de un negocio jurídico. Comp. HÜBNER, loc. cit., pág. 336.

dación, hasta en contra de la voluntad expresada por el fundador (31). En efecto, ¿cómo compaginar la preponderancia de la voluntad de los beneficiarios sobre la del fundador y el concepto de fundación, cuando en toda verdadera fundación la voluntad del fundador es la ley inalterable de la fundación?

La fundación familiar implica una vinculación de bienes, y ella puede consistir en la atribución del goce del patrimonio de la fundación, vitaliciamente, a un sólo miembro de la familia (32). Entonces su distinción respecto al fideicomiso resultará imposible. La doctrina prusiana no hubo de preocuparse de separarlos, pues entendía que una y otro pertenecían al mismo sujeto—la familia—y tenían el mismo fin de mantener el brillo y lustre familiar mediante la vinculación de bienes. Conclusión que tenía su base además en que las disposiciones legales les dan un trato conjunto y no hacen ninguna especial distinción (33). Por el contrario, la antes aludida doctrina dominante en Alemania, aun reconociendo expresa o tácitamente la dificultad de la separación (34), ha tratado de afirmarla y defenderla acudiendo al expediente de la personalidad jurídica. Para ello parece bastarle con reducir al mínimo el significado de ésta. Se dirá así que tal persona jurídica (la fundación familiar) «no tiene ningún fundamento de existencia material, sino que es sólo un mero medio formal de la construcción jurídica» (35), que la distinción entre fundación y fideicomiso es funda-

GIERGE, I, pág. 648; WOLFF, *Sachenrecht*, en *Lehrbuch* de ENNECCERUS, II, t. § 93, ed. 1927, pág. 309, y allí citados.

(31) Art. 2, § 1, P. A. B. G. B., Pr. § 252, citado por FROMMHOLD, pág. 13f. En el proyecto prusiano de 1913 se señalaba expresamente la «conexión peculiar que se da en la fundación familiar entre los elementos fundacionales y los corporativos» (pág. 237); cita de BEHREND, loc. cit., pág. 173, N. 44.

(32) Para evitar un fácil fraude (dadas las disposiciones más severas para consentir la fundación de fideicomiso) se propuso (sin que llegara a ser ley) excluir este supuesto de la fundación familiar, permitiéndose sólo que uno de los parientes (p. ej., el mayor) tuviese los mayores beneficios o que teniendo los todos no fuesen vitalicios, FROMMHOLD, loc. cit., pág. 94.

(33) El Derecho territorial general prusiano los regula en el título 4.º de la 2.ª parte, bajo la rúbrica de derechos comunes de familia; la ley de 15 de febrero de 1840 establecía disposiciones comunes para el fideicomiso y la fundación familiar; en los proyectos de reforma de 1913 y 1917, aunque ya se tratan de distinguir, se manifiesta siempre su íntima conexión.

(34) «De hecho, a lo sumo, hay una distinción espiritual muy fina», GERBER, loc. cit., pág. 358; su estrecho parentesco hace que, conforme a su naturaleza, una vinculación pueda hacerse tanto en forma de fundación de familia como en la de fideicomiso de familia, dice SCHEURL, loc. cit., págs. 263, 264; las estipulaciones de un «documento de fundación» pueden a menudo interpretarse tanto como erección de una fundación familiar como de un fideicomiso familiar, advierte BEHREND, loc. cit., pág. 220. Confusiones terminológicas se notan en BRINZ, III, § 423, pág. 382, y en WINDSCHEID, índice general, pág. 83, en relación con I, § 57, pág. 137, N. 8 y página 138.

(35) GERBER, loc. cit., pág. 365; dice también que el bien vinculado per tenece en su goce particular a cada miembro de la familia que a este goce tenga derecho, pero que, ello no obstante, se forma una persona jurídica, es decir, «se localiza bajo la señora fingida de un sujeto fingido», pág. 364; y esa persona jurídica es una *cápsula* en la que se conserva una parte del patrímo

mentalmente «jurídico-formal», la que, se añade, puede expresarse en esta breve fórmula: «la fundación familiar es siempre sujeto jurídico en sentido del Derecho positivo; el fideicomiso de familia es, por el contrario, objeto del derecho» (36).

Mas esta construcción tiene el vicio de tantas otras: el de encerrarse en un círculo vicioso; se afirma que existe una *fundación* familiar porque ésta es una persona jurídica, un sujeto de derechos y que estamos ante una *persona jurídica* porque se trata de una fundación familiar (37). Mas estos juegos de nada bueno sirven en el Derecho. Así nos quedamos sin respuesta adecuada cuando se plantea una cuestión como la siguiente: En caso de extinguirse la fundación familiar por terminarse los llamamientos (p. ej.: carencia de varones en la línea directa) ¿qué ocurrirá con los bienes vinculados? Si se tratase de una mera vinculación fideicomisaria, los bienes recobran la condición de libres en manos del último llamado, pero si se afirma que constituyen el patrimonio de una verdadera fundación que se ha extinguido, los bienes habrán de pasar al fisco, como carentes de titular. Con lo que el juego teórico muestra su peligrosidad, al permitir un resultado inexacto e injusto (38).

A pesar de la importancia y volumen de las opiniones en contra (39), el Código civil alemán pareció inclinarse por la concepción de los parientes, pág. 365, es una forma «completamente sin substancia y que sirve sólo a la construcción jurídica formal», pág. 366.

(36) FROMMOLD, loc. cit., pág. 132; también BEHREND, loc. cit., pág. 218.

(37) Se hacen diversos e inútiles esfuerzos para escapar del círculo vicioso. Uno de los más ingeniosos es el intento hecho mediante el siguiente razonamiento: Reconocida la gran semejanza entre el fideicomiso y la fundación familiar, se caracteriza la fundación en que en esta «se piensa el fin en cierto modo como el alma de una persona ideal, a la que corresponde la propiedad de aquellos bienes», y el fideicomiso familiar en que «aquí la voluntad fundadora y que hace el llamamiento no forma un propio sujeto jurídico aparte de las personas de los beneficiados», «tiene sólo la existencia abstracta de una fuerza jurídicamente protegida y continuamente eficaz y el objeto es aquí materia de una propiedad independiente de los llamados, aunque internamente limitada por la eficacia de esta fuerza», GERBER, *Beiträge zur Lehre vom deutschem Familienfideikommiss*, J. J. 1 (1857), pág. 71. Respecto de la fundación familiar dice que es necesaria una doble concepción jurídica: «una vez como persona jurídica, otra como un patrimonio, constituido de modo especial, de los miembros actuales y futuros de la familia favorecida», GERBER, *Die Familienstiftung in der Funktion des Familienfideikommisses*, J. J. 2 (1858) página 366.

(38) Comp. GERBER, loc. cit., J. J. 1 (1857), pág. 77 (extinción del fideicomiso) y SCHEURI, loc. cit., A. C. Pr. 77 (1891), pág. 247; éste, para evitar la consecuencia de que los bienes pasen al fisco aplica a la fundación familiar el criterio del fideicomiso familiar. Comp. ENNECERUS, I, § III, IV, pág. 280.

(39) SCHLOSSMANN dice que es «un postulado aceptado casi por todos» que una fundación para poder estar dotada de personalidad ha de tener un fin piadoso o de común utilidad. La negativa de la necesidad del interés público, añade, fué debida precisamente a la pretensión de mantener con fundación a la fundación familiar, *Zur Lehre von den Stiftungen, Kritische Bemerkungen zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, J. J. 27 (1889), pág. 45. Esta opinión, la más general en las cátedras, parece ser que también era la de los Tribunales, pues decidían respecto de la fundación, que su «patrimonio debe ser empleado en fines piadosos y de general provecho», SEUFFERT, I, 97, cita de REGELSBERGER, loc. cit., pág. 346, N. 3.

ción formal de la fundación (art. 80), y con ello se favorece la creencia de que la fundación de familia sea una verdadera fundación (40). Esto ha hecho que los tratadistas se limiten a reproducir las anteriores afirmaciones, las de los autores antiguos, en este sentido (41). Postura quizá explicable por consideraciones extrañas al Derecho (42), pero que lleva al resultado de mantener una construcción contraria a la naturaleza de las instituciones. El que en fin de cuentas no quedará sin sanción, pues si se atiende bien a la realidad jurídica, la ley y la misma doctrina lo han ido repudiando silenciosamente. «Naturam expellas furca, tamen usque recurret». Bastarán para advertirlo con sólo un par de ejemplos más, como muestra y comprobación final de lo dicho.

La doctrina había hecho de la persona jurídica un rótulo ornamental (43) y la había entregado al arbitrio de la voluntad individual (44). El Código civil alemán exigirá como requisito indispensable para el nacimiento de cualquier fundación la aprobación estatal (art. 80). La concepción formalista (pseudo-liberal) ha originado así la reacción intervencionista (45). Pero lo que aquí im-

(40) Confirme a los textos legales no es tan claro, sino más bien lo contrario. Los artículos 80 y 87 B. G. B. se aplican a todas las fundaciones, pues el art. 59 de la Ley de introducción (E. G. B. G. B.) exceptúa sólo a «los fideicomisos de familia»; la siempre afirmada no aplicación de los artículos 80 y 87 a las fundaciones de familia, se justifica pues únicamente si se incluye a la fundación de familia entre los fideicomisos de familia, o sea si se le niega el carácter de persona jurídica. Esto ni siquiera resulta contradicho por la Ley de introducción prusiana, que trata y define a la fundación de familia (artículos 1-3) como la que «según el título fundacional sirve exclusivamente al interés de una determinada familia o de varias determinadas familias». En fin, nada supone la remisión del art. 85 B. G. B. para llegar al resultado que se critica.

(41) OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 1927, pág. 219; LEHMANN, *Allgemeiner Teil des B. G. B.*, 1933, pág. 471; HAFF, *Institutionen des Deutschen Privatrecht*, 1927, II, pág. 84; ENNECERUS, NIPPERDEY, *Derecho civil (Parte general)*, I, § 111, traducción esp., 1934, I, 1, págs. 532-533; WOLFF, *Derecho de cosas*, 2.ª edición, I, (Trad. esp. del *Lehrbuch* de ENNECERUS, II, 1), § 93, págs. 555-556; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1952, § 80, pág. 39.

(42) Entre otras, la falta de atención hacia los Derechos particulares y la simpatía historicista y conservadora hacia las vinculaciones. Un resumen de las discusiones en Alemania sobre los fideicomisos en HEDEMAN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, 1930, II, 1, págs. 59, 60, 105.

(43) Se otorga «el honor de la personalidad» (DEMELIUS, *Ueber fingirte Persönlichkeit*, J. J., 4-1861-pág. 128) a las siguientes figuras jurídicas: a los predios respecto a las servidumbres (BÖCKING) y cargas reales (DUNCKER), al papel moneda (BEKKER); a la familia (respecto a las fundaciones de familia), a la herencia yacente y a las sociedades en general.

(44) Revela llamativamente la inconsecuencia de la doctrina el que sean los autores que—con toda razón—niegan que pertenezcan al ámbito de la autonomía de la voluntad la separación de patrimonios y todo lo relativo a las capacidades jurídica y de obrar los mismos que hagan esa entrega; cuando precisamente la personalidad jurídica origina la más completa independización de una masa patrimonial y significa la atribución de una capacidad.

(45) Se advirtió enseguida que el reconocimiento de la personalidad significa la entrega de un poder unitario y permanente sobre unos bienes a perpetuidad, sin limitación de tiempo y para un fin cualquiera, substrayéndose una masa de

porta resaltar es que si toda fundación depende del arbitrio administrativo—porque toda fundación interesa al bien común (46)—no puede decirse ya que tenga esta misma y propia naturaleza (de fundación) una figura que, como la fundación familiar, no requiere intervención alguna de la administración (47).

En otro respecto, los autores, inadvertidamente, han puesto también de relieve la diversidad esencial de estas dos figuras jurídicas. Así, para mostrar con más limpieza el contorno de la fundación, se insiste en que los beneficiarios de ésta tienen una pura condición de terceros y en que son por completo extraños a su vida interna; se dice además que no les puede corresponder o atribuirse participación alguna en la administración y se recalca que no han de gozar de ningún derecho directo sobre los bienes del patrimonio fundacional (48). Recuérdese ahora que en la fundación familiar, por el contrario, son normalmente los parientes llamados a sus beneficios los que administran y que ellos mismos tienen derechos de naturaleza inmediata sobre los bienes, y se tendrá otra prueba de la radical diferencia que separa a esta figura de la persona jurídica tipo fundación (49).

Los señalados tropiezos de la doctrina alemana común, es de esperar que puedan servir como advertencia del peligro que en general significa la concepción meramente formalista de la fundación, en cuanto lleva a confundirla con cada patrimonio separado o con cualquier bien vinculado y, en especial, del riesgo que supone considerar a la llamada fundación familiar como una persona jurídica de tipo fundación. Toque de atención que resultará más claro si se atiende a que tales escollos y toda dificultad se ha evitado por las doctrinas de otros países y ello con sólo permanecer fieles a la tradicional concepción realista de la fundación, la que también fuera propia de la dirección inicial del pandectismo alemán (50).

valores económicos al libre tráfico, con la correspondiente contracción de la circulación de la riqueza.

(46) La opinión común entiende que la fundación familiar sirve a los intereses propios de una familia (art. 1.º Ley introd. prusiana) o sea a unos fines egoístas (GERBER, J. J., 2, págs. 352-353). Ha quedado aislado el intento de BEHREND de conciliar la naturaleza propia de la fundación con la de la fundación familiar, queriendo demostrar que esta última sirve al «bien común». J. J., 72, páginas 138 y ss., 188 y ss.

(47) PALANDT, loc. cit., pág. 39.

(48) HÖLDER, *Kommentar zur Allgemeinen Teil des B. G. B.*, 1900 pág. 122; LEONHARD, *Der Allgemeine Teil des B. G. B.*, 1900, págs. 109-110; LEHMANN, *Allgemeiner Teil des B. G. B.*, 1933, pág. 471; ENNECCERUS, I §§ 111, II, página 279.

(49) Puede recordarse también que GIERKE, loc. cit., I, pág. 648, nota 23 dice que la fundación de familia ha de tratarse en la parte dedicada a los «bienes de familia» y por ello no la estudia con las personas; HÜBNER se esfuerza en demostrar que los patrimonios de abolengo de las grandes casas de alta nobleza (algunos organizados con la regulación más minuciosa) originan sólo de rechos de naturaleza real, loc. cit., pág. 336-337.

(50) Respecto de Austria, se dice: «El fin de la fundación ha de ser pado-so o de utilidad común. Donde falte tal fin por completo, como ocurre en

5. LA FUNDACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL.

a) *La doctrina de los autores*

La opinión antes aludida de ciertos estudiosos, difusa e inconcreta hasta ahora, encontró su apoyo en la creencia de que algunos de nuestros más ilustres tratadistas sostenían paladinamente la validez de la fundación exclusivamente familiar (51). Hay que confesar que sus palabras han podido interpretarse en tal sentido, si olvidando los antecedentes del propio Derecho se leían detrás de algún texto traducido, en el que—aunque respecto al Derecho alemán—se afirma que la fundación familiar es un tipo peculiar y válido de fundación (52). Pero estudiados sus dichos sin tal prejuicio, no parece que sea esta la consecuencia segura e inevitable a sacar. Más bien habrá que deducir todo lo contrario, si como es debido se les entiende conforme a sus naturales antecedentes.

Los tratadistas más inmediatos a la época de la publicación del Código, no mencionan a las fundaciones familiares, lo que se explica dado el estilo de la época, desinteresado de las formas anormales e ineficaces (53); los más modernos, al mencionarlas, siguen

especial en la fundación familiar pura, se negará la aprobación estatal. EHRENZWEIG, *Privatrecht, Allgemeiner Teil* 1951, § 80, pág. 200. El art. 646 del C. c. austriaco separa al efecto las sustituciones y fideicomisos (incluida la fundación familiar) de las fundaciones. Respecto a Holanda, se indica que la fundación requiere para su existencia «la separación de un patrimonio para un determinado fin ideal», SCHOLTEN, en *Asser's Handleiding*, I, 2, *Personenrecht*, página 164.

(51) DE BUEN señala que hay fundaciones de carácter público y particular «y hasta las hay de carácter exclusivamente familiar» (art. 2.º, apart. 2.º Instr. 24 julio 1913), pág. 452, agregando que las fundaciones que no tienen un interés público (aparte de su origen privado) carecen de personalidad, pág. 453. *Notas a Curso elemental de Derecho Civil* de COLIN Y CAPITANT, 1923, II, 1. CASTÁN se limita a decir que en cuanto a las fundaciones «las hay de carácter particular y hasta exclusivamente familiar» (Instr. 24 julio 1913, art. 2.º, ap. 2.º), *Derecho civil español común y foral*, 1952, II, 1, pág. 286. Los anotadores (PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER) al *Derecho Civil (Parte general)* de ENNECERUS, I, 1, pág. 535, no dicen más que: «Como especialidad relativa a las fundaciones de carácter exclusivamente familiar puede señalarse que el Protectorado ha de respetar la competencia de los Tribunales de Justicia». VALVERDE afirma «que existen corporaciones y fundaciones de interés privado, nadie puede negarlo» y critica el Código porque no les concede personalidad jurídica. *Tratado de Derecho Civil español*, 1935, I, pág. 275.

GALLARDO resume la doctrina diciendo: «una fundación con carácter altruista será válida», *Diccionario de Derecho Privado*, 1950, I, voz *Fundación*, pág. 2008. NART afirma que la fundación significa «la consagración de una empresa altruista», pero luego añade que la determinación del fin no tiene más limitaciones que las impuestas por la moralidad y el orden público, *La fundación*, R. D Pr., 1951 (junio), págs. 493, 495.

(52) ENNECERUS. *Derecho civil (Parte general)*, 1934, I, págs. 532-533

(53) Las menciones que se encuentran son precisamente para referir la supresión de las «vinculaciones familiares; pero no otras fundaciones benéficas o piadosas». FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho civil español común y*

la corriente actual de referirse a los diversos tipos de cada figura jurídica y citan las fundaciones de carácter particular y familiar; verdad es que no nos aclaran si las consideran o no válidas, pero ello puede ser por darse ya por resuelta la cuestión y quizá por querer en una escueta redacción (notas a una traducción, contestaciones a programas, manuales) limitarse a la estricta exposición tipológica, como se hace también en otros casos (negocios ilícitos, simulados, indirectos). En tal supuesto, como fundaciones de interés privado, familiares y sin personalidad, quedarían aludidas, aparte de las familiares puras, las impuras y mixtas, las fundaciones dependientes y fiduciarias, las cargas y modos de significado semejante a la fundación, el patrimonio de suscripción, etc. No se puede, pues, admitir y ni siquiera deducir con seguridad una opinión común de los autores favorable a la validez de la fundación familiar, infiriéndola sin más de frases inconcluyentes y, sobre todo, cuando tal presunción supondría desconectar a la doctrina de lo mandado en la ley y de lo decidido por el Tribunal Supremo en repetidas sentencias.

b) *La regulación jurídica anterior al Código civil*

En nuestro Derecho, las cuestiones sobre bienes vinculados originaron, durante siglos, los debates jurídicos más llamativos y complicados. Al objeto de estas notas bastará con sólo destacar cuáles son los diferentes tipos de vinculación admitidos por las leyes y cuál sea su peculiar carácter y naturaleza.

Las limitaciones que impusiera el Derecho común a la perpetuidad de la vinculación de bienes (54), fueron—a ejemplo de lo ocurrido con los señoríos—rechazadas por la costumbre (55) y, al fin, también por las leyes de Toro, al admitir y regular la figura jurídica del mayorazgo (56). De su origen consuetudinario hereda esta vinculación una acusada imprecisión de líneas, mientras que el reconocimiento legal le otorga un cierto carácter ejemplar, que

foral, 1888, II, pág. 96; de las «Capellanías y fundaciones de carácter familiar», por la ley de 1841. BRAVO, *El Derecho vigente sobre Capellanías colativas de sangre, beneficios y legados píos, patronatos laicales y fundaciones de la propia índole*, 3.ª ed., 1879, pág. 101. SÁNCHEZ ROMÁN señala la aplicación preferente a las personas jurídicas de interés público (asociaciones y fundaciones) de las leyes sobre desvinculación, *Estudios de Derecho Civil* 1911, II, pág. 148.

(54) Las prohibiciones de disponer permitidas por P. 5, 5, 44 y P. 6, 11, 6, se entienden en conexión con el fideicomiso familiar romano, cuya diferencia con el mayorazgo recuerda siempre la doctrina, PARLADORIO, *Quotidianarum differentiarum sesquicenturia*, dif. 18, *Opera iuridica*, ed. 1734, págs. 242-243. Sin embargo, algunos autores han entendido que P. 5, 5, 44 autorizaba la fundación de vinculaciones perpetuas; SEMPERE, *Historia de los vínculos y mayorazgos*, 2.ª ed., 1827, pág. 85; BRAVO, *El Derecho vigente sobre Capellanías colativas de sangre, beneficios y legados píos, patronatos laicales y fundaciones de la propia índole*, 3.ª ed., 1879, pág. 94.

(55) GREGORIO LÓPEZ, gl. 5. P. 6, 11, 6, gl. 1, P. 2, 15, 2.

(56) L. T. 40-46.

permite su generalización; de este modo, el mayorazgo pudo servir de justificación y cobertura a los más variados tipos de vinculación.

Entre las muchas clasificaciones posibles respecto a los bienes vinculados, conviene recoger la que tiene en cuenta la posición de los sujetos y que, con un tanto de imprecisión, distingue entre el patronato activo y el pasivo (57). Se consideran patronatos activos los que conceden a los patronos la facultad de presentar o designar al beneficiario, persona o personas que perciban las rentas o frutos de la vinculación; no cambia su naturaleza si el patrono o los patronos tienen además la carga (sin ventaja patrimonial) de la administración. Pueden ser de distinta naturaleza: respecto de beneficios eclesiásticos, de capellanías, colativas o beneficios impropios, aniversarios, legados píos, y obras pías. En los patronatos pasivos se atiende a que el favorecido (patrono) tiene el derecho a recibir las rentas o frutos de la vinculación; no importando, para su carácter, que el beneficiado tenga o no la administración de los bienes. Aunque no se le designe de tal modo, su forma más típica es la del mayorazgo; se conocen en cambio con el título específico de patronato de legos (pasivo) a las demás vinculaciones familiares o gentilicias, con o sin cargas piadosas y a las capellanías mercenarias, aniversarios y memorias de misas de igual carácter (58).

Respecto de uno y otro tipo de patronato había que tener en cuenta diversas reglas del Derecho canónico y del Derecho regio, según su carácter eclesiástico o laical. Pero, lo que más interesa para entender bien el Derecho moderno es la diferencia entre otros dos tipos de vinculaciones según su carácter, las de mero interés privado y las que afectan al bien común.

Aunque a veces pase inadvertida (59), hay una diferencia radical, manifestada en decisivas consecuencias jurídicas, entre los llamados patronatos de legos pasivos y las obras pías (de patronato lego activo). En los patronatos de legos pasivos, la vinculación afecta directamente a los bienes vinculados, originando—en términos generales—su completa indisponibilidad en beneficio de personas determinadas, de los miembros de una familia en sentido más o menos estricto (familiar, gentilicio). Capellanías mercenarias, aniversarios, fundaciones familiares (de patronato pasivo), son asimiladas fácilmente a los mayorazgos, pues como éstos crean dere-

(57) Claro que una misma persona puede estar en la doble condición de patrono activo y pasivo, aplicándosele entonces las reglas correspondientes a ambos.

(58) «Especie de vínculos o mayorazgos con el gravamen de celebrar o mandar sus poseedores que se celebren cierto número de misas en las iglesias, capillas o altares designados para el fundador», GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 1868, II, pág. 315; BRAVO, loc. cit., página 9.

(59) Motivo de ello puede ser que los patronatos activos de toda clase contribuían también, como los mayorazgos y capellanías, al lustre, esplendor e influencia de la familia que los poseía.

chos sobre los bienes vinculados, en favor de los llamados. Su reconocimiento legal se basa en aquella asimilación con el mayorazgo, y la situación de los bienes y el cumplimiento de la voluntad del fundador se abandona consiguientemente a la voluntad de los interesados (60); sólo cuando existan mandas o cargas piadosas, y en lo que a ello importa, había de intervenir el Obispo para hacerlas cumplir.

Las obras pías corresponden a otra esfera jurídica. Su origen y regulación legal son distintos. El Derecho romano cristiano reconoció abiertamente la posibilidad de la fundación piadosa con vida jurídica de completa independencia (61) y el Derecho canónico y el Derecho real dictarán reglas especiales para su protección, dado su interés para toda la comunidad. Pues sus beneficios no van a personas determinadas, no crean ni contribuyen a mantener situaciones de privilegio y desigualdad sino que se destinan a socorrer espiritual y físicamente a los necesitados. El negocio fundacional, las relaciones jurídicas que a ellas se refieren toman un matiz peculiar, pues el carácter de «causa pía» que origina la afectación de los bienes hace que, en todo supuesto, se les considere dignas de especialísima protección (62). Los bienes que forman el patrimonio de la obra pía no están vinculados al modo de los de mayorazgo; están destinados a servir un fin de duración indefinida y sin término previsible, no quedan afectados normalmente por una prohibición de disponer sino sólo limitada la facilidad de disponer por la exigencia de especiales requisitos de forma y justificación (63). Pero la peculiaridad más significativa y visible es la intervención en su funcionamiento de la autoridad pública, como representante del bien común. Son beneficiarios los pobres, los menesterosos, e indirectamente, por tanto, la comunidad; se trata, pues, de un interés público, que, como tal, no puede dejarse al arbitrio de los particulares. Las obras pías de carácter eclesiástico—por su patronato o adscripción a un establecimiento de la Iglesia—quedaban bajo la regulación exclusiva del Derecho canónico. Las obras pías nacidas bajo, o a las que se concede, el Protectorado Real estaban bajo la exclusiva vigilancia del Rey (64). Las demás obras pías laicas, quedaban sometidas por su carácter piadoso a la visita del Obispo y por su interés general a la ins-

(60) Determinación del beneficiado, preferencia, reparo de beneficios. Como ocurre, en general, con la voluntad del testador.

(61) Nov. 120, c. 6, § 1, 1. Otras citas en *ROSA*, loc. cit. págs. 198 y sig. El resultado de las investigaciones modernas: *DUFF, Personality in Roman private Law*, pág. 168-205.

(62) Se le atribuyen los más variados privilegios fiscales, procesales y civiles. Es la materia que más ocupa a los autores. Estudio básico; *MOSTAZO, De causis piis, in genere et in specie* (Licencia de 1679, citado por la ed. de 1700).

(63) En este sentido se puede hablar mejor de amortización que de vinculación. En efecto, mientras la legislación desvinculadora no se aplicará a las fundaciones piadosas, sí se le aplicará la legislación desamortizadora.

(64) Reconocido por el Concilio de Trento (sec. 22, c. 8). Generalmente se delegaba esta facultad en el Patriarca de las Indias o en algún Capellán real.

pección de las autoridades administrativas (65). En la práctica—según los datos conocidos—se observa que los fundadores o los patronos procuran evitar la inspección episcopal, amparándose bajo el patronato real. Este se busca, parece, más que como fuente de favor especial, como medio de asegurar la independencia de la fundación (respecto de los bienes de la Iglesia) y, más tarde, también para disfrutar de exenciones fiscales (66).

Mayorazgos y patronatos de legos tuvieron hondo influjo en la organización social y económica de España. El enrarecimiento de capitales libres fué rémora casi invencible para el desarrollo industrial del país y la prohibición de disponer reducía estímulos para la mejora de los cultivos en el campo. Causa, además, de inamovilidad entre las clases sociales, que acentuó la desigualdad y que fomentaba un clima de resignada inercia y de general falta de iniciativa económica. No puede, pues, extrañar la enemiga de los «ilustrados» hacia las vinculaciones y las numerosas propuestas para suprimirlas (67).

El movimiento liberal hizo triunfar en España las ideas desvinculadoras y desamortizadoras. Originan, las primeras, la libertad de los bienes vinculados, permitiendo su libre tráfico y disposición; las segundas imponen la venta forzada—conversión en títulos de la Deuda—de las fincas pertenecientes a las llamadas

(65) Esta intervención del Poder público, decisiva para el carácter de la fundación, no ha sido aún debidamente estudiada. En España se encuentran reglas sobre ella, aunque desperdigadas y no fáciles de encontrar. Se dispuso en 1528 que los Justicias hagan la visita con los Prelados (N. R. I, 6, 4); BOVADILLA (CASTILLO DE) repetirá que la visita ha de ser hecha por los corregidores, *Política de Corregidores*, II, 17, 139, II, 18, 220, ed. 1624, II, páginas 717, 822. En 1652, respecto a las Indias, se dispone que en los Hospitales de ciudades y particulares tome las cuentas el Obispo y asistan a la visita los Diputados de la Ciudad para poder presentar lo que hubiera contra ellas, R. I. I, 4, 5, § 22. La Instrucción de 15 de mayo de 1788, para los Corregidores y Alcaldes Mayores, dispone que donde hubiere «Hospitales, Casas de Misericordia y otras cualesquiera obras pías destinadas a pobres, dotes de huérfanas, estudios u otros fines, de utilidad pública» celarán que por los Administradores y demás personas que intervengan en ello «se cumpla exactamente con el instituto y objeto de semejantes fundaciones», art. 27, PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, 1794, IX, pág. 319.

(66) Así, por R. D. de 21 de agosto de 1795, se impone un 15 por 100 sobre el valor de todos los bienes raíces y derechos reales que adquieran las manos muertas, incluyendo entre ellas a «toda fundación piadosa que no esté inmediatamente bajo mi soberana protección», SEMPERE, *Historia de los vínculos y mayorazgos*, 2.ª ed., 1847, pág. 126.

(67) Decía CAMPOMANES: «Ciertamente que conceder a un ciudadano el derecho de transmitir su fortuna a una serie infinita de poseedores; abandonar las modificaciones de esta transmisión a su voluntad, no sólo con independencia de los sucesores, sino también de las leyes; quitar para siempre a su propiedad la comunicabilidad y la transmisibilidad, que son sus dotes más preciosas; librar la conservación de las familias sobre la dotación de un individuo en cada generación y a costa de la pobreza de todos los demás, y atribuir esta dotación a la casualidad del nacimiento, prescindiendo del mérito y de la virtud, son cosas no sólo repugnantes a los dictámenes de la razón y a los sentimientos de la naturaleza, sino también a los principios del pacto social, y a las máximas generales de la legislación y política», SEMPERE, loc. cit., pág. 123.

manos muertas (68). A nuestro fin importa sólo lo dispuesto por las leyes desvinculadoras, para fijar según ellas el alcance que las prohibiciones de vincular bienes tienen en nuestro Derecho.

El artículo 1.º de la Ley de 27 de septiembre, 11 de octubre de 1820 dispone: «Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otra clase de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora a la clase de los absolutamente libres.» El art. 14, añade: «Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora ni por otro título ni pretexto fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes o derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enajenación. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre Bancos u otros fondos extranjeros» (69).

Al hacerse el despojo de los bienes de la Iglesia declarándolos bienes nacionales, se exceptúan los bienes pertenecientes a «prebenda, capellanías, beneficios y demás fundaciones de patronato pasivo de sangre» (art. 3.º, Ley 24-29 julio 1837; art. 6.º, 1.º, Ley 2 septiembre 1841). Disponiéndose después, que «los bienes de las Capellanías colativas, a cuyo goce están llamadas ciertas y determinadas familias, se adjudicarán como de libre disposición a los individuos en quienes concurra la circunstancia de preferente parentesco, según los llamamientos» (70).

Estos dos grupos de disposiciones significan el fin de todas las

(68) No es esta la ocasión de tratar de los males y bienes de estas figuras. Bastará advertir la radical diferencia de las antiguas y las modernas vinculaciones, basadas aquéllas en la idea de perpetuar el esplendor de las familias, su creación y organización se entrega al arbitrio del fundador; tanto que GERBER llega a decir que significan un extraordinario aumento de la personalidad, que son una exigencia de la libertad de Derecho privado y que su supresión sería no sólo un ataque contra la nobleza, sino una disminución de la propiedad (J. J. 1—1857—, págs. 53, 54, 59); claro que atiende sólo a la libertad de uno, la del fundador y no a la pérdida de libertad de los demás o de los más. Las vinculaciones modernas—patrimonio familiar y campesino—tienen carácter funcional e intrínsecamente limitado. En el preámbulo de la ley de 15 de julio de 1952 se dice expresamente que «no busca el restablecimiento de vinculaciones, fideicomisos y mayorazgos». También debe atenderse a que la condena de los vínculos no es responsable de las torpezas y actos deshonrosos originados con motivo de la desamortización: despojo de bienes eclesiásticos y liquidación de bienes comunales y de propios, que eran de hecho sostén de las clases más necesitadas.

(69) Por R. O. de 11 marzo 1824 se restablecen las vinculaciones; la ley de 9 de junio de 1835 dicta medidas de transición. El R. D. de 30 de agosto de 1836: «Restablece en toda su fuerza y vigor el decreto de Cortes de 27 de septiembre de 1820, publicado en las mismas como ley en 11 de octubre del mismo año, por el que quedaron suprimidas las vinculaciones de toda especie, y remitidas a la clase de absolutamente libres los bienes de cualquier clase que las compongan», art. 1; la ley de 19 de agosto de 1841 dicta reglas para la adjudicación y distribución de los bienes vinculados.

(70) Artículo 1, ley de 19 de agosto de 1841. En el artículo 4 se dispone que «cuando sólo el patronato activo fuese familiar se adjudicarán también los bienes en concepto de libres a los parientes llamados a ejercerlos».

fundaciones perpetuas de verdadero carácter familiar, sea cualquiera la clase de bienes afectados y la figura jurídica utilizada. Mayorazgos, fideicomisos familiares, fundaciones familiares y patronatos pasivos de legos quedan suprimidos y se prohíbe el que se establezcan en lo futuro. Los que tuvieron la condición de beneficiarios al tiempo de dictarse las citadas leyes (o en su caso, y en parte, los de la segunda generación) se encuentran con la dádiva gratuita de la libre titularidad de los bienes antes vinculados y con el consiguiente aumento de valor económico que supone el poder disponer de ellos a su arbitrio.

Nadie pudo poner en duda este amplísimo efecto de la desvinculación; lo que no resultaba del todo claro es si su efecto disolvente se extendía hasta comprender a todas las obras pías. Cuestión esta que originó expedientes y procesos sin cuento, y que por su trascendencia económica y social hubo de resolverse al fin de modo terminante, y en forma que será decisoria para la suerte de las fundaciones en general.

La expropiación de bienes eclesiásticos y comunales había hecho caer sobre el Estado la carga de cuidar a los enfermos, menesterosos y desvalidos y ello en un momento en que era tanto más difícil de soportar, por la gran pobreza del tesoro y la crisis económica del país. Es natural que entonces se vuelva la vista a las fundaciones particulares de beneficencia, que en la realidad y en la creencia común eran numerosas y ricas, pero mal administradas (71). De ahí, una renovada actividad de la administración, que busca con afán imponer la efectiva inspección sobre la administración de las fundaciones y la revisión de sus cuentas (72).

Los patronos familiares de las obras pías o benéficas, a los que la anterior laxitud—descuido del deber de visita o cumplimiento mediante inspecciones formularias—habituara a considerar y administrar los bienes fundacionales como vinculados en beneficio propio o familiar, resentidos por la intromisión administrativa y contagiados de la general codicia del tiempo (73), pretenderán que

(71) *Relación de la Dirección de fomento general a Godoy*, SEMPERE, loc. citado, pág. 131. Exposiciones de motivos de R. D. 6 julio 1853, D. 1 diciembre 1869, O. 7 febrero 1870, D. 22 abril 1873, 30 septiembre 1873, R. D. 27 abril 1875, etc.

(72) Sobre la jurisdicción contenciosa y gubernativa de los jueces ordinarios y el juzgado especial y protector de los patronatos de legos en territorio de la Audiencia de Sevilla (R. O. 27 julio 1827, R. C. 2 abril 1829), ORTIZ DE ZÚÑIGA, HERRERA, *Derechos y atribuciones de los Corregidores, Justicias y Ayuntamientos de España*, 1832, IV, págs. 160-162, R. O. 26 marzo 1834, sobre vigilancia y protección de los subdelegados de fomento; R. D. 17 enero 1841; R. O. 25 marzo 1846; art. 11, reglas 5 y 7 de la ley de 20 de junio de 1849.

(73) Las leyes desvinculadoras y sobre bienes nacionales originaron un frenesí avaricioso; las familias se disputan entre sí los bienes desvinculados, especuladores de toda clase social adquieren por precios irrisorios o nominales lo substraído a la Iglesia y a los pueblos, las primas prometidas a los denunciantes hacen que hasta con el silencio se trafique; en este bajísimo clima moral no se estima injustificada el ansia de los patronos por apropiarse de los bienes destinados por sus mayores al alivio de pobres y necesitados.

la Ley de 1820 desvinculaba también a las fundaciones benéficas.

El forcejeo, entre los patronos que pretendían la desvinculación y la Administración pública que defiende la subsistencia de las fundaciones benéficas, duró bastantes años. Las autoridades gubernativas exigen a los patronos que rindan cuentas; los delegados de Hacienda, a efectos de la desamortización, imponen la venta de los inmuebles de las fundaciones y la inversión del precio en bonos o títulos de la deuda. Los particulares acuden a los Tribunales solicitando declaren que se trata de bienes familiares vinculados, a distribuir por tanto entre los parientes más cercanos y que, además, como bienes de particulares, están exentos de la desamortización. Frente a estas pretensiones, las autoridades administrativas se opondrán, negando competencia a los Tribunales, alegando que, por tratarse de bienes de beneficencia, no estaban afectados por la desvinculación (74).

Durante algún tiempo—en especial de 1850 a 1855—pudo temerse la desaparición de las fundaciones benéficas. El art. 14 de la Ley de 1820 disponía que nadie podrá en lo sucesivo fundar «patronato, capellanía, obra pía, ni vinculación alguna» y el Tribunal Supremo, en recurso de nulidad de 7 de mayo de 1850 dijo que el artículo 1.º de la Ley debía entenderse en armonía con los artículos 14 y 15 y que, conforme a ellos, habían quedado «suprimidas las vinculaciones existentes de cualquier clase que fuesen»; lo que, en la práctica, se interpretó como la condena a muerte de todas las fundaciones (75).

Este criterio, afortunadamente, no llegó a prosperar. El artículo 14 de la Ley de 1820 había que entenderlo, todo lo más, como referido a las vinculaciones eclesiásticas (76) y, además, en relación con el artículo 15, que al prohibir la amortización de bienes raíces en favor de «los hospitales, casas de misericordia y enseñanza» admitía implícitamente la supervivencia de tales «manos muertas».

Sobre todo, no podía olvidarse que las leyes sobre beneficencia, incluso las menos favorables a las fundaciones privadas, reconocieron la existencia y plena validez de los establecimientos de beneficencia de fundación particular (77). Doctrina que se estima

(74) R. O. 30 diciembre 1838; R. O. 16-22 marzo 1844; R. O. 25 marzo 1846; Consejo Real 27 marzo 1847.

(75) En la R. O. 5 julio 1861 se dice que hasta 1855 prevaleció la doctrina de que debían adjudicarse y distribuirse los bienes de las fundaciones entre los parientes de los fundadores, lo que produjo «el sensible resultado de privar a la Beneficencia pública de no pocas fundaciones». En verdad, la sentencia de 1850 se refería a una fundación exclusivamente familiar.

(76) En este sentido PACHECO, *Comentario a las leyes de desvinculación*, 1847, pág. 62.

(77) La ley 23 enero-6 febrero 1822 (Decreto de Cortes de 21 de diciembre de 1821) se propenia acabar con la independencia de las fundaciones privadas (arts. 25, 26, 127) pero, por el momento, las respeta (arts. 128, 129); es reconocida su continuada validez por innumerables Decretos y Ordenes, y la ley de 20 de junio de 1849 las regula con la denominación de establecimientos de beneficencia particulares (art. 1, art. 11, reglas 1, 5 y 7).

jurisprudencialmente reconocida desde las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1855 y de 10 de marzo de 1858.

La discusión sobre estas cuestiones sirvió para aclarar conceptos y, así, puede afirmarse sin dudas que, antes de publicarse el Código civil, son ciertas estas conclusiones.

a) Que las leyes desvinculadoras no se referían—dado su silencio y su finalidad—a los bienes destinados a fundaciones benéficas (78).

b) Que se establece una distinción tajante y fundamental entre estas dos figuras: 1.ª Fundación o patronato (pasivo) familiar o sea el «establecido en favor y utilidad de los parientes de los fundadores o de las familias que los mismos designaron» (79). 2.ª Las fundaciones benéficas (incluso las de patronato activo familiar) o sea las «creadas en beneficio no de ciertas y determinadas personas o familias sino de las clases más menesterosas o más dignas de protección» (80). La primera figura queda afectada por la desvinculación y es disuelto el vínculo al ser declarados libres los bienes. Las segundas matienen su eficacia y quedan regidas por la legislación sobre beneficencia.

c) Que al protectorado (asumido por el Gobierno) corresponde la defensa, mediante todos los recursos administrativos y judiciales pertinentes, de las fundaciones benéficas, frente a las aspiraciones de los familiares del fundador, cuando éstos pretendan obtener los bienes destinados a ellas solicitando la desvinculación (81). En cambio, «en las cláusulas de fundación que revistan carácter exclusivamente familiar, el protectorado respetará la competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia» (82). Es decir, no hará nada para obstaculizar la desvinculación y se abstendrá de intervenir en contra de la consiguiente atribución y distribución judicial de los bienes como libres, en favor de los parientes del fundador a quienes corresponda (83).

(78) Desde la S. T. S. 30 junio 1855, en la que se utiliza ya la distinción entre la vinculación propia del mayorazgo o fideicomiso familiar y el destino de los bienes peculiar de la fundación benéfica; definiendo a esta como: «un conjunto de bienes simplemente amortizados para llenar con sus rentas su peculiar objeto».

(79) Según define S. T. S., 10 marzo 1858.

(80) Conforme dice la R. O. 5 julio 1861. «Fundaciones meramente benéficas o piadosas cuyos bienes no están destinados a determinadas familias o personas», S. T. S. 20 septiembre 1864. La R. O. 25 marzo 1864 ponía el acento en «los intereses colectivos». En el art. 5 del R. D. 27 abril 1875 se hace una enumeración descriptiva, recogiendo las disposiciones anteriores.

(81) Arts. 8, 11 núm. 4, 13 núm. 3, 16 núms. 11 y 12, 70 del R. D. 27 abril 1875.

(82) Art. 8 par. 5. R. D. 27 abril 1875; es la fórmula después usada en las instrucciones de 1899 y 1913; empleada ya en el artículo 6 de la ley de 14 de junio 1856.

(83) En la R. O. 5 julio 1861 se dice que los funcionarios de la Administración pública, a «quienes más inmediatamente están encomendadas la inspección, protectorado y defensa de los bienes del ramo de Beneficencias», han de abstenerse de actuar respecto a las fundaciones que tengan «carácter familiar

c) *La regulación jurídica después del Código civil.*

Siendo tal y como se ha referido la situación legal antes de publicarse el Código civil, para que sean válidas las fundaciones exclusivamente familiares no bastará con afirmar que el Código no las ha regulado, sino que sería preciso probar algo más, que el Código ha cambiado la regulación de las vinculaciones (84). Y tal prueba no sólo no parece posible, sino que el sistema general del Código repudia la vinculación de bienes de modo perpetuo o indefinido en favor de los parientes o de la familia del fundador.

Las leyes desvinculadoras—a diferencia de las desarmotizadoras—habían de ser respetadas al redactarse el Código, pues el artículo 1.976 no las afecta, por ser materia política que no es objeto del Código (85) y, además, porque por mandato de la Ley de Bases la propiedad se regula «con arreglo a los fundamentos capitales del Derecho patrio» (B. 10.*), entre los que está la desvinculación, como con razón lo ha entendido la jurisprudencia (86).

Más aún, el Código civil ha establecido un criterio todavía más severo, respecto a las vinculaciones y prohibiciones de disponer, que el que se consideraba vigente antes de su publicación. La doctrina y la jurisprudencia entendieron que las leyes desvinculadoras prohibían sólo las vinculaciones perpetuas, pero que no afectaban a los fideicomisos no perpetuos, al menos a los que no excediesen de la cuarta generación (87). Pero, al discutirse la regulación que habría de darse en el Código civil a la sustitución fideicomisaria, hubo general acuerdo en limitarla a la segunda generación, porque «permitir que se establezca indefinidamente, en favor de muchas generaciones, es volver a amortizar y esterilizar la tierra, resucitar la vinculación y herir un alto interés social» (88). Los artículos 640,

pasivo»; mientras que respecto de las demás fundaciones «instituidas con destino a alguna atención de Beneficencia habrá de dar cuenta al Ministerio cuando respecto de ellas «penda litigio sobre su pertenencia o adjudicación de los bienes que las constituyan» (art. 1) y en caso de que lo apremiante de los términos legales impida la consulta, se ordena la adopción de las medidas indispensables para que se interpongan en tiempo y forma los recursos procedentes, con especialidad los de apelación y casación en los respectivos casos (art. 2).

(84) No es suficiente decir: «Hay por tanto un vacío legal respecto a las fundaciones familiares de Derecho privado, que tanto puede significar repulsa como admisión tácita», CÁRDENAS, loc. cit., pág. 579.

(85) F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, ed. 1949, I, págs. 278 y sig.

(86) S. T. S. 8 mayo 1849, 6 abril 1927, 9 julio 1927, etc.

(87) Dice ya PACHECO que no se refieren a «los fideicomisos comunes ni a las reservas de propiedad que no son vinculares», loc. cit., pág. 62. GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, ed. 1868, II, págs. 324, 325; III, pág. 344, MAURA, *Dictámenes* 1930, III, páginas 439 y sig. Jurisprudencia, la citada en GUTIÉRREZ, III, págs. 345-347 y MAURA, III, págs. 441 y sig. MARTÍN LÁZARO, *El segundo grado en las instituciones fideicomisarias*, R. G. L. J., 1941 (enero-febrero), págs. 29-30.

(88) ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, 1884, I, pág. 206. S. T. S. 3 noviembre 1890, 5 abril 1934, 29 octubre 1949. En general, y en especial sobre la discusión parlamentaria, LÓPEZ

781 y 785, números 2.º y 3.º del Código, conforme a este propósito, prohíben según su letra y su espíritu no una especial forma de vinculación, sino cualquier «fórmula» mediante la que se pretenda alcanzar el resultado de la vinculación (89).

Cuestión distinta y más amplia, más íntimamente ligada a la de la validez de la fundación familiar, es la de si en nuestro Derecho pueden constituirse eficazmente fundaciones de interés particular. Para contestarla con la debida justeza habrá que plantearla en conexión con las leyes desvinculadoras: ¿pueden vincularse bienes indefinidamente o a perpetuidad para ponerlos al servicio de un interés particular? Las leyes desvinculadoras vedan terminantemente y del modo más general las vinculaciones y las prohibiciones de disponer. Una sola excepción se hace y es en favor de las fundaciones benéficas fundadas y dirigidas por particulares; mas es porque en ellas se atiende a los «intereses colectivos», a los *intereses públicos* (90). Por ello, con una exactitud a la que no se le ha hecho la debida justicia, el Código civil sólo admite como personas jurídicas las «fundaciones de *interés público* reconocidas por la ley»; es decir, aquellas permitidas y reguladas por las disposiciones sobre beneficencia (91).

El Código civil sigue igual principio respecto de las llamadas fundaciones sin personalidad, o sea respecto de las cargas impuestas a perpetuidad sobre bienes de otra persona (heredero, legatario, donatario) con un determinado fin o destino; pues sólo considera válida «la obligación impuesta de invertir ciertas cantidades periódicamente en *obras benéficas*, como dotes para doncellas pobres, pensiones para los estudiantes o en favor de los pobres o de cualquier establecimiento de beneficencia o de instrucción pública» (artículo 788) (92). Siendo de subrayar que, separándose de lo

(Jerónimo), *Carácter de la nulidad de la sustitución fideicomisaria que traspasa el límite legal*, A. D. C. 1950, 2, págs. 510 y sig.

(89) CÁRDENAS, loc. cit., pág. 586, afirma que la «fórmula distinta» de vinculación de la fundación familiar es «perfectamente lícita en su propósito y jurídicamente eficaz en su desarrollo». Pero la fundación familiar no sería un caso de posible fraude a la ley, sino que es sencillamente un acto contra la ley (art. 4 C. c.); ni siquiera cabría intentar disimularla bajo la figura artificiosa del negocio indirecto.

(90) Términos ya empleados en la R. O. 25 marzo 1846.

(91) En ellas se ha ido fijando cuál sea el significado que ha de darse a los términos de interés público y beneficencia. R. O. 25 marzo 1846, R. O. 21 abril 1871, R. O. 14 junio 1871, R. O. 28 agosto 1871 («instituciones benéficas de origen privado, ya se reconozcan bajo la denominación genérica de patronatos, memorias y obras pías, ya por estar *destinadas al remedio permanente de cierta necesidad o desgracia*, se los llame hospiales, hospicios, casas de maternidad, colegios etc.»), R. O. 26 junio 1886, R. D. 14 marzo 1899, art. 2, R. D. 27 septiembre 1912, art. 2 («destinados a la enseñanza, educación, instrucción e incremento de las Ciencias, Letras y Artes»).

(92) El art. 1872 del C. c. portugués se refiere a las disposiciones en favor de «los indigentes, dotes para doncellas pobres o en favor de cualquier establecimiento o fundación de mera utilidad públicas». En nuestro C. c. se ha busca-

dispuesto en el Código italiano, no se permite que la carga se establezca en favor de personas de una dada cualidad o de determinadas familias (93), y que, a diferencia del Código suizo, no se consiente tampoco para costear la educación, dote y ayuda de los parientes o familia del fundador (94).

El sistema legislativo en esta materia es claro y unitario; ya que en los preceptos del Código sobre las fundaciones y cargas perpetuas se ha aplicado sencilla y consecuentemente el criterio que de modo general imponían las leyes desvinculadoras (95).

Después de lo dicho, no parece puedan quedar dudas respecto del sentido de estas frases: «En las fundaciones que revistan carácter exclusivamente familiar, el Protectorado respetará la competencia de los Tribunales de Justicia» (art. 4.º, Instrucción de 14 de marzo de 1899); «En las fundaciones benéfico-docentes que revistan carácter exclusivamente familiar, el Protectorado respetará la competencia de los Tribunales de Justicia» (art. 2.º, Instrucción de 24 de julio de 1913). Significan, como expresaban las mismas palabras de las disposiciones anteriores al Código y de las que se copian, que el Protectorado no tiene por qué velar por el cumplimiento de la voluntad del fundador, respecto de las fundaciones en favor de ciertas familias o parientes, y que, por tanto, en tales casos no intervendrá ni obstaculizará la acción de los Tribunales—iniciada a demanda de quien corresponda—la que llevará normalmente a declarar libres los bienes vinculados a tal funda-

do la concordancia con las leyes sobre beneficencia. Como en éstas, ha de entenderse que se excluyen a las fundaciones exclusivamente familiares.

(93) Art. 902 del C. c. de 1865; el art. 699 del C. c. de 1942 moderniza la disposición «haciéndola más conforme al espíritu de beneficencia, de solidaridad social» (*Relazione della Commissione Reale*, STOLFI, *Il nuovo Codice civile*, 1941 II, pág. 371). El citado art. 902 (aparte del influjo de la doctrina alemana) se ha utilizado como argumento en favor de la admisibilidad en Italia de fundaciones familiares o privadas, GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, 1897, VI, pág. 484; FERRARA, loc. cit. pág. 620; SIGNORELLI, *Opere pie*, N. D. It. 9 (1939) y allí citados. El art. 28 del C. c. de 1942 reconoce las fundaciones destinadas a beneficio exclusivo de una o varias familias determinadas. Mas debe advertirse que para que la fundación privada exista (tenga personalidad) se exigía la aprobación estatal (GIORGI, loc. cit.) y se requiere ahora en el nuevo Código «el reconocimiento concedido por decreto regio» (art. 12), o sea, se ha entregado al arbitrio administrativo el nacimiento de todas las fundaciones (del mismo modo y por semejante causa que en Alemania; comp. Nota 45).

(94) Art. 335; disposición que da base a la admisión de las fundaciones familiares, art. 87. La posibilidad y alcance de tal vinculación dependerá de las disposiciones cantonales sobre manos muertas. HUBER, *Erläuterungen zum Vorentwurf*, 1901, I, pág. 76; HEDEMANN, loc. cit., págs. 19, 58.

(95) Se ha creído que conforme a los Derechos inglés y norteamericano sería posible conseguir la finalidad perseguida con la fundación de familia mediante la figura del «trust», pero ello no es exacto, pues lo impide la regla sobre «perpetuities», que sólo exceptúa a los «trusts» de carácter benéfico: KEETON, *The Law of trusts*, 1939 págs. 107, 151; HANBURY, *Modern Equity*, 1946, págs. 185 y sig., 118, 212; BOGERT, *Handbook of the Law of trusts*, 1942, págs. 242, 248, 303.

ción y atribuirlos, como tales, a los sucesores del fundador, conforme a las leyes civiles.

6. *Las fundaciones de carácter exclusivamente familiar.*

Resulta de las leyes, con toda claridad, y así lo ha reconocido de modo explícito y constante la jurisprudencia, la ineficacia de las fundaciones mera o exclusivamente familiares (96). Surgen las dudas cuando se pregunta si las fundaciones, que siendo benéficas tienen algún aspecto o carácter familiar, pueden ser válidas, por quedar fuera de la categoría de las exclusivamente familiares; y estas dudas son tanto más graves cuanto que la doctrina jurisprudencial, al menos exteriormente, es fluctuante y hasta contradictoria. De aquí la conveniencia de fijar nítidamente la línea fronteriza entre las fundaciones meramente benéficas (válidas) y las fundaciones exclusivamente familiares (inválidas).

Ante todo, importa tener presente que, entre nosotros, se utiliza la denominación de fundación familiar en dos sentidos. Uno, más bien impropio, aplicado a la fundación cuando tiene un patronato de «carácter meramente familiar» (art. 4, 3.º, D. 9 julio 1869), es decir, compuesto exclusiva o preponderantemente por personas de determinadas familias. Este hecho no afecta al carácter benéfico de la fundación y, por tanto, tampoco a su validez (97), por lo que sería quizá preferible, para evitar confusiones, no llamarlas fundaciones familiares. En sentido propio, son familiares aquellas fundaciones en las que los beneficiarios (las personas a favor de quienes se destinan los frutos o rentas de los bienes) son personas de determinadas familias. Estas, por el contrario, serán generalmente ineficaces (98).

La frase «fundación *exclusivamente* familiar», usada en algún precepto legal (99), parece significar, por interpretación «a contrario», el reconocimiento de ciertas fundaciones familiares que por no serlo exclusivamente pueden conservar carácter benéfico y tener

(96) Se caracterizan las fundaciones meramente benéficas o piadosas en que los bienes no se destinan a determinadas familias o personas», S. T. S. 7 febrero 1879; las fundaciones «esencialmente familiares» por «estar llamados a su disfrute exclusivamente los parientes más próximos del fundador», S. T. S. 26 abril 1889; «fundación establecida principalmente en favor y utilidad de la familia de la fundadora», S. T. S. 14 junio 1890; «fundaciones meramente piadosas, cuyos bienes no se destinan a determinadas personas o familias», S. 21 marzo 1895; S. T. S. 11 marzo 1897; 24 octubre 1899 (contrapone obra pía a fideicomiso familiar), 11 enero 1899, 15 junio 1920.

(97) S. T. S. 20 septiembre 1864, 7 mayo 1866, 15 junio 1920; S. T. S. (cont.). 20 abril 1908, R. O. 5 julio 1861. A diferencia de las capellanías colativas, art. 4, Ley 19 agosto 1841.

(98) S. T. S. 10 marzo 1858, 20 septiembre 1864, 7 febrero 1879, 26 abril 1889, 14 junio 1890, 21 marzo 1895, 11 marzo 1897, 11 enero 1899, 15 junio 1920.

(99) Art. 4. Instrucción de 14 marzo 1899; art. 2, Instrucción de 24 julio 1913.

por tanto validez. Según muestran los antecedentes al principio recordados, el supuesto considerado inmediatamente es el de las fundaciones benéficas de patronato (activo) familiar; las que siendo, por tal circunstancia, familiares, no vinculan, sin embargo, bienes en favor de determinadas familias y escapan así a la prohibición de las leyes desvinculadoras. La práctica judicial en su reacción—a veces aparentemente desmedida—frente a los excesos desvinculadores, ha ido salvando de la calificación de fundación familiar o exclusivamente familiar a las fundaciones que siendo «esencialmente» benéficas conceden preferencia o ventajas especiales, como beneficiarios, a personas de determinadas familias o linajes.

Mientras las fundaciones de patronato activo familiar no ofrecen dificultad para que se admita su validez y para su definición, en cambio, no es ya fácil señalar con exactitud cuándo puede calificarse o no de exclusivamente familiar una fundación, cuando sus reglas favorecen a ciertas personas por su cualidad familiar. Habrá que recurrir para resolver los casos dudosos a los principios básicos en la materia. Conforme a ellos, para saber si una fundación es «esencialmente» benéfica y no es «exclusivamente» familiar (notas positiva y negativa de validez) será preciso contrastar: 1.º Si tiene verdadero carácter benéfico. 2.º Si los favorecidos lo son a título principal de necesitados. 3.º Si la intención del fundador fué la de crear una fundación de interés público (100).

La fundación benéfica ha de tener por fin la «satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas» (101). Para que conserve el carácter de benéfica se requiere, no sólo este fin, sino la adecuación del medio al fin; que la ayuda o socorro sea de lo *necesario*, es decir, que el beneficio sea apropiado a la necesidad; por ello, habrá que negar eficacia a una fundación que conceda a los destinatarios (sean o no parientes o familiares) rentas que excedan de lo necesario y signifiquen socialmente la riqueza o el lujo (102).

Es necesario considerar también la condición de las personas beneficiadas. El destinatario ha de ser un *necesitado*, alguien que no tenga medios para satisfacer la necesidad que se trate de remediar. De aquí, que las leyes presupongan la pobreza del favore-

(100) Aproximadamente, los elementos de causa, persona e intención que consideraba la antigua doctrina para determinar la «causa pia»; MOSTAZO, *De causis piis. in generet in specie*, I, 1, 6, ed. 1700, I, pág. 2.

(101) Art. 2. R. D. 14 marzo 1899. En R. O. 20 abril 1871 se dice que beneficencia «indica la institución de la caridad en cuantas manifestaciones puede emplearse para socorrer a los desvalidos».

(102) Si es excesivo (se refiere a beneficiario consanguíneo pobre), si no es módico («supra modum») carecerá del carácter de benéfico (no hay «causa pia») CANCER, *Variarum Resolutionum*, 3, 20, 384, ed. 1689, III, pág. 331. Ejemplos de lo dicho: cuando las dotes para doncellas (de tal o cual linaje), pobres o huérfanas signifiquen la riqueza para las beneficiadas, se otorguen en favor de estudiantes o de pobres para vivir lujosamente, se conceda ayuda a los parientes que sirvan para asegurar el vivir en la riqueza, etc.

cido (103) y que haya de ser inválida la fundación destinada a favorecer a personas ricas (104). La falta de este requisito hace también ineficaz la fundación constituida en favor de personas designadas por cualquier cualidad que signifique prescindir, respecto de ellas, de la de su necesidad o pobreza. En especial, se considerarán nulas las fundaciones para «socorro y alivio» de los parientes del fundador y en las que se excluya terminante y permanentemente a los extraños (105).

La fundación hecha en favor de los pobres, pero en la que se otorgue preferencia a una determinada clase de personas (parientes, de determinado linaje, persona virtuosa, naturales de cierto lugar o país), será válida tanto si la primacía es para la entrega del socorro como si lo es para concederle un auxilio mayor (106); pues ello no se opone a su carácter benéfico, excepto si el aumento previsto hace que ya exceda de la condición de socorro o significa la exclusión total y permanente de extraños.

Otra fórmula usual en las antiguas fundaciones es la de conjugar las condiciones de pariente y de pobre. Entre los autores antiguos se discutió si en tal supuesto había de considerarse preponderante el carácter familiar (natural amor a los parientes) o el piadoso (piedad hacia el pobre). Hoy, conforme al Derecho vigente, lo que importa es averiguar si la fundación es de interés público y si con ella no se trata de burlar a las disposiciones desvinculadoras. La antigua doctrina (de cuando aún era legal la vinculación) se inclinaba lógicamente a la validez (107); la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que cambió con ocasión precisamente de una fundación de tal clase en 1855, para detener el movimiento destructor de las fundaciones todas (que se había apoyado en anteriores y contrarias decisiones del Tribunal), y pronta siempre a interpretar la voluntad de modo favorable a su eficacia, admitirá sin dificultad que tienen carácter benéfico (108). Esta dirección está justificada mientras se mantenga dentro de los dos límites; una fundación podrá ser benéfica aunque el círculo de

(103) El art. 788 C. c. hace repetida referencia a la condición de pobre. Por la condición de pobres de los beneficiarios se concede a todas las fundaciones el privilegio de litigar como pobres, art. 9, R. D. 14 marzo 1899, art. 16, R. D. 27 septiembre 1912.

(104) Lo que razona SÁNCHEZ diciendo que «deficit pietas in persona», *Disputationum de Sancto Matrimonii Sacramento*, I, 5, 9, ed. 1602, I pág. 16.

(105) S. T. S. 7 mayo 1850, 20 septiembre 1864, 5 julio 1875.

(106) S. T. S. 29 octubre 1858, 9 febrero 1889, 24 octubre 1899, respecto a la primacía en el socorro; S. T. S. 27 noviembre 1895, preferencia de recibir mayor limosna.

(107) MOSTAZO, loc. cit., I, 1, 20 sig., I, págs. 3 y 4; BOVADILLA, loc. cit. 5, 8, 6, II, pág. 798.

(108) S. T. S. 30 junio 1855, 15 junio 1920. También las citadas en las siguientes notas. Es de señalar que la antigüedad de las fundaciones (p. ej. la del Licenciado Vargas, estableciendo un colegio para su linaje, es de 1581. S. T. S. 30 junio 1855), cuyo benéfico efecto era conocido, inclinaba más a una enérgica repulsa de la codicia de los parientes que solicitan la desvinculación.

los primeramente beneficiados esté limitado por las reglas fundacionales (parientes, vecinos de un lugar, nacionales de un país); pero no merecerá tal calificativo si se propone conceder derechos o facultades, con carácter exclusivo, en favor de los miembros de determinadas familias, pues entonces la fundación sería de interés particular o privado, exclusivamente familiar, e inválida como cualquier otro fideicomiso familiar.

En varias sentencias del Tribunal Supremo se declara la validez de fundaciones para costear estudios a estudiantes, para dotar a doncella que contraiga matrimonio o se haga religiosa y que sean del linaje del fundador (109). De su texto podría inducirse que basta tal finalidad caritativa para que la fundación tenga carácter benéfico, lo que sin otra aclaración parecería contradecir la doctrina señalada, según la que se requiere la pobreza del destinatario. En verdad, esta contradicción no ha llegado a darse más que externamente, pues de modo latente o implícito se supone siempre la nota de pobreza; así, en algunas sentencias se descubre en que el beneficio se llama en la cláusula fundacional limosna o socorro (110), alimentos (111) o en que se dice que se destina a huérfanos (112) y, en general—aun sin decirlo—, porque se refieren a hijos de familia, como tales ordinariamente no heredados o desprovistos de bienes.

En los casos de fundación a favor de parientes, últimamente referidos, será necesario para su validez que sea intención o propósito del fundador el crear una verdadera fundación benéfica. No habría tal fundación si se trata de organizar un artilugio en provecho exclusivamente de una familia (113), vinculando bienes en favor de las sucesivas generaciones de parientes, de modo que al faltar los inmediatamente beneficiados (parientes pobres, doncellas a dotar, estudiantes pensionables) los bienes sigan adscritos a la familia, sea disfrutando sus miembros de las rentas, sea adjudicándoseles los bienes cuando se diese la condición de ser imposible cumplir el fin fundacional. Precisamente por este peligro de que por medio de esas figuras de fundación se defrauden las leyes desvinculadoras, se hace necesario comprobar cuidadosamente el propósito del fundador antes de poder afirmarse la validez de la fundación. Para que nazca la fundación se requiere especialmente que se haya querido hacer una obra benéfica permanente (114), que sirva principalmente al interés público—está

(109) S. T. S. 29 de octubre 1858, 17 septiembre 1862, 3 junio 1865, 13 enero 1866, 7 mayo 1866, 3 octubre 1876, 24 octubre 1899.

(110) S. T. S. 17 septiembre 1862, 3 octubre 1876.

(111) S. T. S. 13 enero 1866.

(112) S. T. S. 7 mayo 1866, 24 octubre 1899.

(113) Decía FROMMHOFF que el fin de la fundación familiar es «el fomento del bien de los pertenecientes a una familia», loc. cit., A. C. P. 117, pág. 131.

(114) S. T. S. 13 enero 1866.

sometida por ello a la vigilancia del Protectorado (115)—, que los bienes estén destinados a beneficiar, o puedan beneficiar, a un círculo amplio de personas (interés público o colectivo) y que—a falta de parientes o sobra de rentas—puedan ser aplicados a la realización de otros fines análogos en favor de extraños necesitados (116).

Por tanto, para que sean válidas las fundaciones instituidas en favor de parientes pobres, para dotar doncellas y socorrer a estudiantes de determinados linajes, será preciso que las cláusulas fundacionales puedan interpretarse («causae favorables») en el sentido de otorgar una simple preferencia a los parientes, que si bien pueden ser de hecho, inicial o continuadamente en su beneficio exclusivo, ha de ser sólo mientras que (y ello puede ser lo previsto por el fundador) por el número de los parientes o la cuantía de las rentas del patrimonio no haya excedente y no puedan aplicarse a otras personas necesitadas.

En fin; es de advertir que será también ineficaz toda fundación en la que por medios directos o indirectos se traten de vincular los bienes, o parte de sus rentas, en favor de los miembros de ciertas familias o linajes. En especial, esto puede intentarse atribuyendo una remuneración a los patronos familiares por su labor administrativa; la cláusula será nula en cuanto la designación sea indiscriminada (sin tener en cuenta la aptitud para la administración) y si excede del importe de una justa retribución del trabajo realizado (117).

(115) S. T. S. 3 octubre 1876; respecto al carácter principal. S. T. S. 14 junio 1890; S. T. S. (cont.) 15 marzo 1897.

(116) S. T. S. 11 enero 1899. No es válida la cláusula fundacional que disponga que los bienes pasen en este caso a los parientes del fundador, no lo permite el art. 39 C. c., pues ello está prohibido por las leyes desvinculadoras.

(117) También puede realizarse el fraude nombrando el patronato como administrador o empleado de la fundación con sueldo (a veces se agotan así todos los recursos de la fundación) a uno o varios de sus miembros; pero se trata de ejercicio doloso del oficio del patronato que habrá de ser vigilado y sancionado por el protectorado, art. 7, 5.ª 6.ª, art. 9, 4.ª, art. 14, 11.ª, art. 36. Instr. 14 marzo 1899; art. 5, 6.ª, art. 9, 3.ª, art. 16, Instr. 24 julio 1913.

El usufructo general de viudedad en el Anteproyecto de la Compilación Especial del Derecho Civil de Cataluña

JOSE J. PINTÓ RUIZ
Ayudante de la Cátedra de Derecho Civil de Barcelona,
Becario del Instituto de Estudios Jurídicos

I. EL TEXTO LEGAL

Lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley de Bases del C. c. provocó, finalmente, la promulgación del Decreto de 23 de mayo de 1947, por el que se crearon las Comisiones de Juristas para el estudio y ordenación de las Instituciones de Derecho Foral. La Orden de 10 de febrero de 1948 dispuso la constitución de las expresadas Comisiones de Juristas y nombró a la que en 12 de diciembre de 1952 dió a luz el «Anteproyecto de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña», si bien no como definitivo, sino como redacción que «Los vocales que suscriben tienen el honor de *proponer al pleno de la Comisión de Juristas* para la Compilación del Derecho Foral de Cataluña».

En este Anteproyecto, basado fundamentalmente en el ya conocido de Durán y Bas (cumpliendo así la Comisión con lo dispuesto en el artículo 3.º del mencionado Decreto de 23 de mayo de 1947 a cuyo tenor habían de tomarse por base los proyectos de apéndice ya existentes) aparece como novedad digna de notarse, una especial regulación del *usufructo general de viudedad*, al que dedicamos este comentario.

Seguidamente transcribimos el texto del precepto correspondiente y la parte de la exposición de motivos referentes al mismo:

A) *Texto.*

«Art. 287. Salvo lo pactado en capítulos matrimoniales, la viuda tendrá derecho al usufructo de la herencia de su marido si éste muere ab-intestato. También lo tendrá cuando habiendo otorgado testamento, no contenga éste disposición alguna a su favor. En todo caso, empero, el marido podrá prohibirlo expresamente.

Si el marido dejare hijos de un matrimonio anterior, el usufructo de la viuda solamente afectará a la parte de la herencia que corresponde a sus hijos comunes; y si al fallecer el causante no existiesen hijos de su último matrimonio la porción de herencia sujeta al usufructo viudal se rebajará con arreglo a lo preceptuado en el artículo 107 (1).

Salvo que fuese ordenado en testamento, no tendrá derecho al usufructo viudal la mujer que, al fallecer su marido, estuviese separada del mismo por sentencia firme de divorcio decretada por culpa de ella, y lo perderá la que llevare vida deshonesta o abandonare o descuidare gravemente a sus hijos menores, y la que contrajere nuevo matrimonio.

El usufructo viudal regulado en este artículo es compatible con la administración de la herencia por los herederos legítimos o testamentarios del causante, y, en consecuencia, quedará reducido a la mera percepción de los frutos líquidos cuando dichos herederos sean mayores de edad.

El usufructo viudal a que se refieren las precedentes disposiciones no podrá perjudicar en ningún caso los derechos de legítima.»

B) *Exposición de motivos.*

«Mención especial merece la regulación que se propone respecto de los derechos de la viuda sobre la herencia del marido, la cual si bien importa una modificación del Derecho actualmente vigente, está fundada en un texto histórico insigne del Derecho catalán, y establecerá una afinidad con la viudedad aragonesa y un mayor acercamiento con las disposiciones del C. c. relativas a los derechos sucesorios del cónyuge viudo. En efecto, el *Usatge Vidua* (vol. I, lib. V, título III de la *Compilación de 1704*) confería a la viuda solamente el usufructo universal de los bienes integrantes de la herencia del marido exigiendo que llevase vida honesta y la permanencia en la casa de aquél, al cuidado de sus hijos. Mas, poco a poco, y por un complejo de circunstancias históricas que no incumbe estudiar aquí, fué cayendo en desuso la antigua norma sancionada por el *Usatge Vidua*, desapareciendo en consecuencia el usufructo legal, en abierto contraste con la costumbre imperante en el derecho convencional, tan generalizada en los capítulos matrimoniales, de dejar el usufructo universal a la mujer como

(1) «Art. 107: El cónyuge que contrae ulteriores nupcias teniendo hijos u otros descendientes habidos de las anteriores, no puede favorecer a su consorte, directa ni indirectamente, en acto inter vivos o de última voluntad, sino en cantidad que no exceda de la que deje al hijo menos favorecido de matrimonio anterior o a los nietos en representación de su padre.

Si lo hiciere, todo el exceso debe pasar por partes iguales a dichos hijos, o a los descendientes de éstos en su representación.»

senyora i majora, poderosa i usufructuaria, según la conocida cláusula usual. Verdad es que, a pesar de la gran limitación que para los derechos sucesorios de la viuda motivó el olvido del citado *Usatge*, otras especialidades de la legislación catalana salvaguardan sus derechos a retener en propiedad sus vestidos y ropas de uso personal, el anillo nupcial y las llamadas *mitja cambra* y *joia mitjana*, así como los propios del *any de plor* y de la *tenuta*, que juntamente con el de la cuarta marital, de que por tradición romana goza la viuda pobre e indotada, constituyen, según nuestra legislación civil particular, todo el sistema de los derechos viudales en la actualidad; pero no es menos cierto que los derechos citados en primer lugar no tienen casi más valor que el de afección; que los propios del año de luto son de duración efímera; que el de *tenuta*, a pesar de tener algunos puntos de contacto con el anterior, está establecido no en razón de la viudedad como tal, sino más propiamente en garantía de la restitución de la dote y del *escreix*; y que el de la cuarta marital socorre tan solamente a la viuda que carece de bienes y de dote, sin que ninguno de estos derechos, ni todos ellos en conjunto, puedan colmar el vacío creado por la desaparición de los privilegios establecidos por el repetido *Usatge Vidua*.

Con la modificación que propone, no pretende la Comisión limitar la libertad de testar del marido, restaurando pura y simplemente la citada antigua norma, e implantando, en consecuencia, el usufructo universal a favor de la viuda en concepto de sucesión forzosa; sino tan sólo subvenir con un remedio legal a la situación de desamparo en que podría quedar por mera imprevisión del marido, supliendo el defecto de manifestación de su voluntad. El usufructo viudal, cuya restauración se postula, tiene, pues, un carácter preventivo, de tal suerte, que la viuda solamente tendrá derecho a él, salvo siempre lo pactado en capítulos matrimoniales, cuando el marido falleciere *ab intestato*, y también cuando, habiendo otorgado testamento, no contenga éste disposición alguna en su favor; pero pudiendo, en todo caso, prohibirlo expresamente. Por lo demás, salvo que fuere ordenado en testamento, no tendrá derecho al usufructo la mujer que, al fallecer su marido, se hallase separada del mismo por culpa de ella, y lo perderá la que llevare vida deshonesta y la que contrajere nuevo matrimonio. Si el marido dejase hijos de un matrimonio anterior, el usufructo de la viuda únicamente afectará a la parte de herencia que corresponda a sus hijos comunes; y si al fallecer el causante no existieren hijos de su último matrimonio, la porción de herencia sujeta al usufructo viudal se rebajará con arreglo a la limitación establecida en general con respecto al cónyuge que contrae ulteriores nupcias teniendo hijos u otros descendientes habidos de las anteriores, de que trata el artículo 107. Finalmente, en previsión de que el usufructo viudal no sea óbice para la libre administración de la herencia por los herederos legítimos o testamentarios del

causante, se dispone que aquél quedará reducido a la mera percepción de los frutos líquidos cuando dichos herederos sean mayores de edad.

II. INTRODUCCION

El tratamiento de la viuda, en el momento presente, y por lo que al usufructo viudal se refiere, presenta en Cataluña dos facetas interesantes: *a*) El hecho de que el usufructo general de viudedad, como derecho concedido por ministerio de la ley, ha desaparecido (1 bis); *b*) Que, en cambio, este mismo usufructo, por constitución voluntaria, aparece todavía con insistente generalidad en toda la región y, en especial, en los territorios rurales, en que la viuda aparece señalada con el título de «*senyora majora poderosa i usufructuaria*».

Junto a esta realidad, ha aparecido abundantísima literatura, sobre todo acerca de la utilidad que el llamado usufructo general de viudedad puede prestar al normal desenvolvimiento de los patrimonios, y a la continuidad familiar; y a la conveniencia de su mantenimiento; e incluso de su conversión en institución de ca-

(1 bis) El usufructo general de viudedad tuvo en un principio carácter legal en Cataluña. Singularmente dice el *Usatge Vidua*: «*Vidua si honestament, e casta viura opres la mort de son Marit en sa honor, nodrint be sons fills, haja la substantia de son Marit, aytant com esta ra sens Marit. Si cometra adulteri, e lo lliu de son Marit violara, perda sa honor, e tot lo haver de son Marit, e la honor venga en poder dels Fills, si en edat no seran, o de altres propinquos de aquells, axi empero que non perda son haver si en present apparra ne perda lo sponsalici mentre viura, e puys retorn als Fills, o als propinquos*», es decir: «Si la viuda viviera honesta y castamente después de la muerte de su marido en la propiedad de éste, alimentando bien a los hijos tenga los bienes de su esposo mientras esté sin marido. Si se corrompiese y violara el lecho de su marido pierda la propiedad y todo el haber de su esposo, y la propiedad pase a poder de los hijos si estuvieran en edad (para ello) o de otros próximos (parientes) de éstos, pero de modo que no pierda su haber si entonces lo tuviera, ni mientras viva pierda su haber si entonces lo tuviera, ni mientras viva pierda el esponsalicio, y luego devuélvalo a los hijos o a los próximos (parientes). (Nos hemos servido para esta traducción de la obra *Constituciones y otros Derechos de Cataluña*, por J. M. PONS GURI y V. SANDALINAS FLORENZA. Barcelona, 1952.)

Más por influencia de la recepción del Derecho Romano (ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948, pág. 156; PELLA Y FORGAS, *Código Civil de Cataluña*, III, Barcelona, 1918, pág. 291; COLL y REVÉS: *Estudi crític de la condició de la dona com a muller y com a mare*, en «*Revista Jurídica de Cataluña*», 1905, pág. 426), tal usufructo fué ya reducido y limitado por algunos Fueros locales. Así ocurrió con el *Recognoverunt proceres* de Barcelona, llegándose hasta la promulgación de la Constitución *Hac Nostra*, dada por Pedro III en 1351 en las Cortes de Perpignan, en la que el expresado derecho real quedó limitado al llamado año de luto y a este derecho eventual de retención que es la *tenuta*.

Así pues, el primitivo *Usatge Vidua* que establecía con carácter legal el usufructo general de viudedad, está en desuso, y en gracia de lo antes expuesto, puede decirse que como instituto legal (contrariamente a lo que ocurre en Aragón), no existe tal usufructo general de viudedad.

rácter legal, máximo cuando en el campo voluntario goza de tan innegable esplendor. Y a la realidad de este hecho, hay que añadir la especial consideración de la viuda, a la que hurtado este usufructo general de viudedad, queda tan desprovista de derechos, que para muchos se halla en situación de verdadero desamparo.

Pero parece ser que el problema (2) no puede tratarse unitariamente; pues mientras en la familia de tipo rural es conveniente el mantenimiento del usufructo general de viudedad, como resorte supremo que permita al cónyuge supérstite continuar la gestión del patrimonio familiar, sin desintegrar su unidad (3), es decir, mantenimiento del usufructo como medio y no como fin, en la ciudad, en cambio, su conveniencia no aparece ya con tanta claridad, por cuanto el usufructuario, y, en su consecuencia, administrador y gestor del patrimonio, generalmente mercantil, sería probablemente por razón de su edad, naturalmente opuesto a correr cualquier clase de riesgo, consecuencia de la especulación (4). Y—claro está—esta actitud podría ser perturbadora en aquellos patrimonios, que al revés de los rurales, tienen su fuente de riqueza en su continua circulación, transformación, o, en síntesis, en la pura especulación.

Y, finalmente, no nos es posible olvidar tampoco, que mientras el usufructo a que nos hemos referido al hablar de la familia rural, por su carácter de «medio» adscrito a un fin—la continuación de la gestión del otro cónyuge bajo cuya autoridad se desarrollaba unitariamente el patrimonio—, debe estar modalizado por la expresada adscripción hasta el punto de imprimirle una naturaleza distinta; en cambio, en aquellos casos en que al usufructuario se le concede tal derecho real, sea o no universal, como un simple valor disponible, tal derecho es fin en sí mismo, y no debe hallarse prácticamente modalizado,

Ante estos problemas, es evidente que la Comisión se ha visto en trance de tomar partido acerca de los siguientes puntos.

(2) ROCA SASTRE: *Op. cit.*, pág. 157: id. en *Anales de la Academia Madrileña del Notariado*, I, 1943, pág. 368.

(3) Con este tipo de usufructo ofrece singulares analogías el usufructo de la viuda en Aragón respecto al cual declaró la S. de 17 de noviembre de 1916, que «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 les señala bienes suficientes para llevar la vida y ocupar el rango que en el orden social le corresponde». Vid. sobre este particular, Roca Sastre, *op. cit.*, pág. 167.

(4) Este temor ha sido reiteradamente puesto de manifiesto por la doctrina. Así PELLA Y FORGAS, *op. cit.*, tomo II, pág. 159. MAURA: «*Estudios Jurídicos*», Madrid, 1916, págs. 125 y sgtes. y ROCA SASTRE en el mismo lugar antes citado. Sólo por comodidad decimos patrimonio rural o urbano, pero se comprende que tal referencia no es meramente locativa, sino que quiere ser expresión de la naturaleza del patrimonio.

III. PUNTOS A DETERMINAR

A - *a*) Resucitar el *Usatge Vidua* en todo su antiguo vigor ;
o *b*) regularlo como voluntario ; o *c*) regularlo en régimen simplemente subsidiario.

B - *a*) Diferenciar el usufructo de patrimonio rústico, del de patrimonio urbano, o *b*) dejar indiferenciada tal dualidad, o *c*) dejar indiferenciada tal dualidad, pero estableciendo disposiciones tendentes a mitigar los efectos perjudiciales que en su caso pudieran existir.

C - *a*) Atender en la regulación a la naturaleza «sui generis» de este usufructo, o *b*) no atender a tal naturaleza.

Ante las tres situaciones A, B y C, que se han presentado, vamos a ver, a la luz del texto propuesto, qué decisión resulta tomada ante el examen de su letra.

IV. EXAMEN DEL PUNTO A

En este punto, si bien la Comisión, en la exposición de motivos, comienza apoyando su actitud en el *Usatge Vidua*, algunos de cuyos elementos han pasado al articulado (5), y sosteniendo la necesidad de «colmar el vacío creado por la desaparición de los privilegios establecidos por el repetido *Usatge Vidua*, así como en la «generalidad» de la costumbre imperante en el Derecho convencional tan generalizada en los capítulos matrimoniales, de dejar el usufructo universal a la mujer como *senyora majora poderosa i usufructuaria*, opta por el establecimiento de un régimen subsidiario, de tal suerte que no se establece una *constitución forzosa* del expresado derecho real, sino que, muy plausiblemente, sólo para el caso de que no se teste, o que aún testando, no se contenga disposición alguna en favor de la mujer, se entenderá constituido el tan repetido usufructo.

En este aspecto la solución parece colmar el sentir unánime de la actual conciencia jurídica (6).

V. EXAMEN DEL PUNTO B

En este aspecto, hay que reconocer que en el terreno de las realidades ha de ser muy difícil en algunos casos, distinguir entre

(5) Sic. párr. 3.º, art. 287 «y lo perderá la que llevase vida deshonesta o abandonare o descuidare gravemente a sus hijos».

(6) «Pero cabe una fórmula flexible, que consiste en que tal usufructo universal viudal se establezca por ministerio de la ley; pero con carácter subsidiario o supletorio, o sea, mientras el causante no ha dispuesto o pactado otra cosa». «Este sistema tiene muchos propugnadores en Cataluña» (ROCA SASTRE, *ob. y loc. cit.*, pág. 159).

lo rústico y lo urbano, máxime en aquellos más numerosos en que aparecen patrimonios mixtos, que ostentan ambos caracteres, o, en suma, de complejidad nada fácil de aclarar. Una regulación casuística, tendría el inconveniente de suscitar ante la imprevisión del caso que en la vida apareciera un sinfín de discusiones y litigios. Por esto, se ha prescindido hasta cierto punto de tal diferenciación, ya que las dificultades que pudieran surgir, quedan salvadas, con la posibilidad que las partes tienen, ante un régimen no forzoso, sino simplemente subsidiario, de atemperarlo. Por ello, dado el sistema empleado entendemos se ha operado acertadamente al no distinguir entre uno y otro tipo de objeto sobre el cual recae el usufructo. Pero sí que nos hemos de permitir hacer una observación. En efecto, si bien es plausible el no haber distinguido entre un tipo y otro de usufructo en aras de una mayor simplificación, sí que es evidente que al regularlo debería haberse tomado cualquiera de estas tres posiciones: 1) Regular un tipo neutro, en el que aparecieran los caracteres comunes de ambos usufructos; 2) Regular el usufructo atendiendo al *Usatge Vidua* y plasmando en la ley el que se concreta en la fórmula *senyora majora poderosa i usufructuaria*, cuyos efectos perjudiciales en algún caso podrían ser mitigados por la simple frase «salvo disposición en contrario»; o bien, 3) Regular el usufructo vidual de tipo urbano, cuya finalidad primera es otorgar un valor económico o un simple amparo a la viuda, sin cerrar la posibilidad de adaptación al rústico, facultando asimismo la disposición o pacto en contrario. No obstante, como veremos en el apartado siguiente, ninguna de las tres soluciones adopta el articulado del texto; antes bien vemos en su regulación cómo se entremezclan caracteres referidos a los tipos 2) y 3), cosa que prácticamente podría resultar perjudicial, en un esfuerzo tendente, sin duda, a cohesionar caracteres sobresalientes de ambos tipos, pero que, en realidad, atendidas las respectivas naturalezas producen una verdadera incompatibilidad.

VI. EXAMEN DEL PUNTO C

La exposición de motivos comienza refiriéndose al *Usatge Vidua*, y a la extraordinaria extensión del nombramiento de *senyora majora poderosa i usufructuaria*. Ello nos hizo pensar en principio que el tipo de usufructo que se iba a regular había de ser precisamente éste: cuya finalidad esencial era dar una continuidad a la jefatura de la familia, manteniendo unido el patrimonio, y latente todavía la autoridad paterna. Pero pronto, avanzando en su lectura, se observa que el usufructo tenido en cuenta, pese a la cita de estos antecedentes, es precisamente el que podríamos llamar urbano; es decir, aquel que tiende a poner un simple valor económico a disposición de la viuda, sin otra finalidad que la protección de esta

última. Y así, dice la E. de M. (7) que se trata «tan sólo subvenir con un remedio legal A LA SITUACION DE DESAMPARO EN QUE PODRIA QUEDAR POR MERA IMPREVISION DEL MARIDO, SUPLIENDO EL DEFECTO DE MANIFESTACION DE SU VOLUNTAD». No obstante, al llegar a la lectura del texto propuesto, no aparece bien claro cuál de los dos tipos de usufructo es el regulado. Al objeto de analizar debidamente la cuestión, permítasenos centrar por separado las características de los dos tipos:

A) *Rústico.*

Teniendo por objeto la finalidad tantas veces expresada, es obvio que estará adornado de las siguientes características:

A) Carencia de todo aquello que pueda mermar la autoridad dentro de la jefatura familiar. Ello se desprende de la frase «*señora i majora, poderosa...*».

B) Adscripción de los rendimientos a la finalidad perseguida. En consecuencia, sin ningún género de duda, aparece la obligación de alimentar a los hijos de familia, como se sostiene en el *Usatge Vidua*, y sin duda también a los criados, dependientes y jornaleros si los hay y a los nietos siempre que convivan.

Discutible es ya, en cambio, la cuestión de la vigencia de la llamada *consuetudo Bulgari* a cuyo tenor hay que revertir el exceso sobrante de los rendimientos al patrimonio común. Pero, en realidad, debe entenderse como no vigente la tal *consuetudo* por haber caído en desuso, siquiera en muchísimos laudables casos puede observarse como de hecho se cumple con su contenido, pero sin conciencia de obligatoriedad (8).

C) Como secuela indispensable de la adscripción anterior, la absoluta imposibilidad de ENAJENACION del derecho de usufructo, y absoluta imposibilidad también de enajenación del derecho a percibir los frutos. El derecho real de usufructo es ciertamente enajenable, en todo o en parte (contenido económico), pero en el presente caso se halla adscrito al cumplimiento de un fin, y se constituye y existe como medio para conseguirlo, y en su consecuencia tal disposición del derecho es inadmisibles e imposible por cuanto perjudica la expresada finalidad.

(7) (Exposición XXIII.)

(8) Sostiene MARTI MIRALLES, *Principis de Dret successori*, Barcelona, 1925, págs. 251 y stes., que en Cataluña rige la llamada *Consuetudo Bulgari* (lo mismo entendieron FONTANELLA Y CANCER) a la que hace referencia la resolución de 19 de julio de 1927. Según ella, este usufructo universal viudal, sobre todo cuando se emplea la fórmula de «*señora majora poderosa i usufructuario*» atribuye al usufructuario la plenitud del poder doméstico o de regencia; pero ella no verifica, gracias al usufructo, ningún lucro patrimonial, ya que ha de dejar incorporado al patrimonio usufructuado todo el excedente obtenido, una vez sufragados todos los gastos legítimos por alimentos, pago de cargas, etc.» (ROCA SASTRE, *op. cit. loc.*, pág. 165.)

B) *Urbano.*

Cuando el usufructo es del tipo que nosotros llamamos urbano, es decir, que tiene por finalidad—copiando palabras de la exposición de motivos—«subvenir con un remedio legal a la situación de desamparo en que la viuda pudiera quedar», realmente consiste en la entrega de un valor libre a la viuda. En consecuencia, serán sus características:

- a) Desconexión con el principio de autoridad.
- b) Facultad de enajenar el Derecho.

Y con todo, al ser el usufructo general, queda todavía por resolver el problema del freno que a la circulación de los patrimonios y a la exposición de los mismos en empresas más o menos arriesgadas, pueda representar la existencia de este usufructo. Así las cosas, la Comisión, con la vista puesta en este problema, ha estimado que en parte se obviaría, resolviendo que el usufructo quede reducido, tan pronto los hijos comunes lleguen a la mayor edad, a la simple percepción de los frutos, reservando a los herederos, mal llamados nudo propietarios, la gestión y administración.

Ya en trance de analizar, sobre las expresadas bases, la solución dada por la Comisión, vamos a proceder, pues, ordenadamente:

1.º *La privación de la gestión que se hace al usufructuario, es incompatible con el tipo de usufructo rural. Tampoco admite este tipo la enajenabilidad del Derecho, obligación de alimentar a los hijos.*

Tanto por haberse acudido al *Usatge Vidua*, como por aludirse a la reiterada costumbre del establecimiento voluntario de usufructo bajo la fórmula de *senyora majora poderosa i usufructuaria*, como por el afán de acercamiento a otras regiones forales, era de esperar que la Comisión se hubiera percibido de este matiz familiar que el usufructo por lo general ofrecía. Pronto se advierte que la continuación en la gestión que desempeñaba el marido, y la transferencia de autoridad por medio del usufructo quedan prácticamente rotas, con esta substracción al usufructuario de sus facultades de gestión que hace el anteproyecto al decir que «quedará reducido a la mera percepción de los frutos líquidos cuando dichos herederos sean mayores de edad».

Aquí, el usufructo al que se nos ha antojado llamar rural o de tipo rural, pierde todas sus características y utilidad. La continuación de la autoridad paterna en el usufructuario, como aglutinante de voluntades que pudieran resultar diversas en un único afán, y como suavizador de asperezas, se desmorona. Y así las cosas, la codicia del heredero, cuando todavía sus hermanos no han alcanzado posiciones independientes, puede ser perjudicial para estos últimos, inexistente e ineficaz la potencia atemperante del usufructuario así perfilado. Y, al mismo tiempo—y ello es asimismo grave—falta de autoridad la persona que más conexión po-

dría establecer entre el padre y sus hijos, es fácil que los denominados *cabalers* o no herederos carezcan de estímulo, y, sobre todo, de confianza bastante para dedicar sus tareas y afanes al engrardecimiento de una casa de la que lógicamente habrían de esperar poco. Con esta regulación nótase un grave vacío. Quien haya vivido en contacto con el agro podrá apreciar la trascendental eficacia de la misión del usufructuario, que con la autoridad que le es propia: *a)* dirigía económica y materialmente el patrimonio; *b)* sabía distribuir y premiar segura y firmemente los esfuerzos de los hermanos que no eran precisamente el heredero, consiguiendo para ellos satisfacción de sus necesidades, y de ellos, trabajo para el patrimonio común; y *c)* a través del expresado usufructuario (y de su autoridad superior y común), los hijos todos sentíanse por igual sometidos y en similar situación. Y hemos observado siempre que la muerte del usufructuario suele implicar el éxodo inmediato de los herederos. Y este éxodo acontece cuando ya el patrimonio se ha restablecido, el heredero cuenta con familia propia capaz de agotar el trabajo exigido, y los *cabalers* tienen ya un propio peculio—ganado por su esfuerzo—que les asegura una vida independiente. Mas si suprimimos este período de transición—y un usufructuario sin autoridad y sin potestades de dirección y administración, es sólo usufructuario de nombre—no podemos prever las consecuencias que podrían surgir. Para los *cabalers* una absoluta desprotección, que no queda cubierta por la simple legítima catalana, que es insuficiente por lo general. Para el heredero, ante el éxodo de éstos, un patrimonio que necesitaría de asalariados para ser explotado. Podrá objetarse que la templanza y prudencia del heredero podría suplir estos defectos; mas si inmemorialmente ha existido una institución que esperaba esta templanza y prudencia, no como consecuencia natural de dotes excepcionales, sino de las naturales de madre de los hijos y esposa, ¿vamos a desviarla y a desaprovechar los fecundos y útiles resultados que hasta el presente nos ha proporcionado?

Mas a estas razones se une otra de más palpable realidad. Parece como si actualmente se hubiera iniciado una campaña, poco menos que encarnizada, contra el usufructuario (9). Llamar usu-

(9) Sic. la ley de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas atribuye en principio todos los derechos políticos y prácticamente la entera administración, al nudo propietario de las acciones. Si se estimara que tal precepto—o los Estatutos a los que suple— tiene virtualidad, no sólo por lo que se refiere a las relaciones entre la Sociedad y el tenedor de la acción, sino que también por lo que se refiere a las relaciones entre el nudo propietario y el usufructuario de la dicha acción, se dejaría prácticamente desamparado al usufructuario que queda expuesto a arbitrariedades. No obstante, sostiene VILLAVICENCIO (Conferencia en el Colegio Notarial de Barcelona, Abril 1952; publicada en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1952, 4.º) que tal disposición, como ley de la Sociedad, sólo a las relaciones entre éste y el tenedor de las acciones podría afectar, pero nunca a las relaciones entre nudo propietario y usufructuario. Recientemente, por cierto, el Tribunal Supremo parece inclinarse por esta doctrina, cuando, aunque de modo incidental, estima como discutible

fructo a un usufructo sin administración, ya es algo de suyo grave. Tradicionalmente se han exigido al usufructuario las clásicas garantías de fianza e inventario, porque al administrar, controlaba y dominaba. Pero los vientos parecen haber cambiado, y sucesivamente se va entregando la administración y gestión al nudo propietario, y la percepción de los frutos se deja al usufructuario. Pero... ¿con qué garantías? Queremos decir con ello que sentar la realidad de que una persona es usufructuaria, pero sin gobernar el objeto de tal derecho real, y estando la gestión en manos de otra persona distinta, es poco menos que dejar la percepción de los frutos al arbitrio del nudo propietario; de lo que se colige que hasta el «ius fruendi» se evapora. Y así perfilado tal usufructo, su titular no tiene la posesión de los bienes, ni los administra, ni puede contratar sobre ellos. Y hasta de su carácter de derecho se duda, toda vez que queda en la voluntad del heredero el que hayan mayores o menor frutos, como también sólo pérdidas exclusivamente...

En cambio, nos parece existe una omisión grave al no hacerse constar de manera expresa la absoluta imposibilidad de enajenación de este derecho real de usufructo. En todos los órdenes, por su adscripción al fin que le es propio, tal usufructo ha de ser inalienable. Parece que ha caído en desuso—y en parte ello ha ocurrido por su extraordinaria gravedad e intensidad—la llamada *consuetudo Bulgari*, a cuyo tenor los rendimientos del patrimonio administrado y regido por el usufructuario deberían aplicarse al sustento de los hijos comunes y a las atenciones de la casa, revertiendo el excedente no al peculio particular del usufructuario, sino al familiar o común propiamente dicho. Pero aún en desuso esta *consuetudo*, nos da—y no podemos olvidarlo—idea de la misión del usufructuario que más que un derecho tiene un propio deber, exactamente igual, en intensidad y cualidad, que aquellos usufructos legales que según la Ley Hipotecaria (10) no pueden gravarse, por cuanto ello implica una enajenación en potencia.

Y si la Ley Hipotecaria, pensando tal vez en este usufructo, ya dijo «con excepción del concedido al cónyuge viudo *por el C. c.*» hora es que aquí se aclare debida y puntualmente que el usufructo que comentamos es inalienable e inhipotecable, tanto como el usufructo que tiene el padre sobre los bienes de sus hijos menores de edad.

Y de manera clara también debería formularse la obligación de alimentar y atender a los hijos, porque tal obligación no está impuesta como tal, ni con la intensidad debida—según se explicó en la nota 12—, siendo de ver asimismo lo dicho en el último párrafo del apartado B) siguiente.

la tesis de que los Estatutos tienen fuerza de ley en cuanto a la actuación de la Sociedad frente a terceros. (S. 13 marzo 1953.)

(10) Art. 108 LH.

B) *Tampoco queda debidamente satisfecha la cualidad de usufructo típicamente urbano, a cuyo tipo parece haber mirado la Comisión.*

Aunque inspirándose en fuentes que contemplan el otro tipo de usufructo y en la costumbre (también de tipo rural) de establecer el usufructo viudal, invistiendo a la supérstite como *senyora majora poderosa i usufructuaria*, en realidad la Comisión ha mirado más al tipo urbano al establecer las condiciones naturales de este usufructo, condiciones que, como tales, admiten ser modificadas por el pacto. No obstante, la privación que se hace a la viuda de la administración de los bienes usufructuados, a pesar de obedecer a tendencias desgraciadamente corrientes hoy día (11), es un grave óbice también para la finalidad típica de este usufructo, e implica una propia desnaturalización de él.

En primer lugar, toda vez que lo que con él se pretende dar a la viuda es fundamentalmente un valor que sirva para subvenir a sus necesidades, y, por tanto, esencialmente enajenable y disponible, es obvio que difícilmente podremos conseguir tal finalidad. Aunque la viuda pudiera hipotecar su derecho, no cabe duda de que un usufructo sin administración desmerece en el tráfico y se desvaloriza. Finalmente, si se dice que aquí se trata sólo de asegurar una pensión a la viuda: ¿Qué garantías se le dan de que tal pensión va a tener una realidad sustancial?; porque la pensión depende en suma de la forma de administrar el patrimonio.

¿Y qué valor puede darse a un usufructo que no es tal y que además tiene encima la espada de Democles de las causas de extinción que se establecen en el último párrafo del artículo 287?

Y, ¿hasta qué punto prevalecerá esta extinción del derecho real de usufructo, sobre el precepto relativo al caso en que el usufructo hipotecado se extinga por actos propios y voluntarios?

Comprendemos perfectamente la importancia que tienen estas causas de extinción, singularmente la que se refiere a la necesidad de alimentar a los hijos. Pero tienen razón de ser en el usufructo de tipo rural, donde la autoridad y dignidad deben ostentar el más alto grado para sus finalidades. En la ciudad, en cambio, perturban gravemente el tráfico jurídico y la negociación de este derecho real, que tanto puede necesitar la viuda. Se nos dirá, y con razón, que no se puede prescindir de la necesidad natural de alimentar a los hijos con cargo al usufructo, por cuanto la nuda propiedad ningún rendimiento produce; mas la solución del caso está en establecer esta obligación como una propia carga

VIII. CONCLUSION

1.º El usufructo a primera vista regulado es el de tipo urbano. Pero en él se han entroncado las causas de resolución que cons-

(11) Reproducimos lo dicho en la anterior nota 9

tan en el párrafo 3.º, que utilísimas en el de tipo rural, son perturbadoras en tal usufructo. Mezcolanza en fin de preceptos no del todo compatibles.

2.º Por otra parte, aunque tendente a una finalidad específicamente urbana, la limitación del usufructuario o de su derecho a la simple percepción de los frutos, da como consecuencia la quiebra de este mismo derecho que queda evaporado en manos del usufructuario. Así que, incluso esta disposición, obstaculiza la consecución de la finalidad propuesta.

3.º El usufructo regulado no puede en modo alguno satisfacer las aspiraciones del tipo rural, por cuanto—resumiendo lo ya expresado—se halla establecida la limitación del derecho a la nuda percepción de los frutos (cosa ésta de finalidad típicamente urbana, pese a que también en este aspecto trastorna el fin propuesto) mengua la autoridad consiguiente, con toda la secuela de dificultades que se han esbozado (12).

4.º Por ello sería de desear que el apéndice se hubiera orientado en este sentido:

A) Siendo creencia unánime de la doctrina que el usufructo de tipo rural es beneficioso y sumamente útil, y en cambio, que el urbano es perturbador, parece ser más lógico atender preponderantemente a aquél.

Así, pues, siguiendo hasta las últimas consecuencias las alegaciones que con respecto a las fuentes se hacen en la exposición de motivos, debería regularse el usufructo vidual, estableciendo como cualidades naturales de este último las típicas del usufructo rural, dejando a la previsión particular las derogaciones o modificaciones que estimara pertinentes.

Ello es más aconsejable, porque el usufructuario atiende con más solicitud y tiene mayores medios de asesoramiento en la ciudad que en el campo.

B) Consecuentemente, debe prescindirse de limitar el usufructo a la simple percepción de los frutos por cuanto ello, aparte de no ser un usufructo, acarrea los males antes expresados. En cambio, debe establecerse que dicho usufructo es inalienable, y la obligación de alimentar BIEN a los hijos, aunque subsista el abandono grave de estos últimos como causa de extinción, así como las ya dichas de llevar vida deshonesta y contraer nuevo matrimonio, que de cara al aspecto rural son acertadísimas, y aparecen ya en el *Usatge Vidua*.

(12) Resulta particularmente curioso que, en cuanto a la obligación de alimentar a los hijos, no se establece una exigibilidad, sino sólo una facultad de resolución en caso de no hacerlo, que son cosas distintas. Y es curioso también que, mientras el *Usatge Vidua* exigía que «se alimentara bien a los hijos» (*nodrim be sos fills*), aquí sólo se resuelve cuando abandonar o descuidare gravemente, y entre alimentar, no normalmente, sino bien, y descuidar, no normalmente, sino gravemente, hay una notable diferencia.

La autoridad ante los Tribunales de los Estados Unidos de las sentencias dictadas en otro Estado de la Unión

ANDRÉ TUNC

Catedrático de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Grenoble

1. La Federación de los Estados Unidos de América, constituida en 1787, ha merecido que Tocqueville la considere como «la más grande innovación política de los tiempos modernos». Y sin embargo, como la mayor parte de las innovaciones, dicha Federación era imperfecta. Sus promotores se habían visto obligados a tomar en consideración la fortísima resistencia opuesta por los partidarios de la independencia de los diversos Estados. Es probablemente ésta la razón por la cual los problemas constitucionales han ocupado siempre un lugar considerable, no sólo en el Derecho de los Estados Unidos, sino en su misma Historia.

El problema que este estudio se propone analizar es uno de los más importantes entre los problemas actuales. Carece de alcance político, pero afecta a numerosos americanos y la incertidumbre que reina sobre sus soluciones presenta gravísimos inconvenientes. Es el problema de la autoridad, en los diversos Estados, de una decisión judicial dictada en otro Estado, o, sobre todo, el problema de los límites fijados a dicha autoridad (1).

Dentro del marco constitucional de 1787, la sentencia de un

(1) V. sobre este problema G. R. DELAUME, *Les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce, de séparation de corps et de nullité de mariage en droit anglais et américain*, «Rev. crit. de Dr. Int.», 1948, págs. 205-234; EDWARD S. CORWIN, *The Full Faith and Credit Clause*, 81 Un. of Penna. L. R. (1933), 371-389; ELLIOT E. CHEATHAM, *Res judicata and the Full Faith and Credit Clause: Magnolia Petroleum Co. v. Hunt*, 44 Col. L. R. (1944), 330-351; Justice ROBERT H. JACKSON, *Full Faith and Credit. The Lawyer's Clause of the Constitution*, 45 Col. L. R. (1945) 1-34; WILLIS L. M. REESE and VINCENT A. JOHNSON, *The Scope of Full Faith and Credit to Judgments*, 49 Col. L. R. (1949), 153-179; JOSEPH DAIKOW, *Policy Consideration in Divorce Jurisdiction and Recognition*, 10 LOUIS. L. R. (1940), 54-58; HENRY P. DE VRIES, *Recent Developments in Private International Law in the United States*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, 75, 1949, págs. 201-271, 223-233; J. H. C. MORRIS, *Divisible Divorce*, 64 HARV. L. R. (1951), 1287-1303; ERWIN N. GRISWOLD, *Divorce Jurisdiction and Recognition of Divorce Decrees. A Comparative Study* 65 HARV. L. R. (1951), 193-233.

Igualmente interesante desde puntos de vista varios. WALTER WHEELER COOK, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws* (1942), 90-107, 457-468; ZELMAN COWEN, *The Recognition of Foreign Judgments under a Full Faith and Credit Clause* (1948), 2 Int. L. Quart. 21-25.

Tribunal de un Estado hubiese podido significar para los Tribunales de otros Estados, pura y simplemente lo mismo que una sentencia dictada por un Tribunal de alguna nación extranjera. De hecho, las sentencias de otro Estado de la Unión (*sister State*) se llaman aún hoy «sentencias extranjeras» (*foreign judgments*). Sin embargo, su régimen jurídico no es del todo idéntico al de las sentencias de Tribunales extranjeros (*judgments of foreign courts o judgments of courts of foreign countries*) (2).

En virtud, en efecto, de la «*full faith and credit clause*», que constituye la sección primera del artículo 4.º de la Constitución, llamado a veces artículo federal, «dentro de cada Estado harán fe y tendrán fuerza plena los documentos públicos, minutas y actos de procedimiento judicial de los restantes Estados. El Congreso puede, mediante una ley general, establecer cómo dichos documentos, minutas y actos de procedimiento serán probados, y determinar su eficacia». De acuerdo con esta disposición, el Congreso dictó en 1790 una ley estableciendo la forma de autenticación de los documentos públicos, actos de procedimiento y sentencias, y añadiendo que los documentos así autenticados «harían fe y gozarían en todos los Tribunales de los Estados Unidos de la misma fuerza de que gozan por virtud de la ley o del uso en las jurisdicciones del Estado del que emanan» (3).

Precisada de esta manera, la *full faith and credit clause* parecía resolver todo posible problema. (El texto de la Constitución, por sí solo, hubiese podido suscitar la duda de si el documento público habrá de gozar de la autoridad que poseía en el Estado de origen o de aquella que hubiese tenido en el Estado cuyos Tribunales son requeridos.) En particular ponía prácticamente fin a la artimaña de los deudores que, para liberarse de sus obligaciones, se limitaban a establecerse en un Estado limítrofe del de su residencia (4).

2. Sin embargo, en 1787 y en los años sucesivos era no sólo difícilmente aplicable, sino difícilmente concebible, una disposición según la cual las sentencias fueran inmediatamente ejecutorias y eficaces en todos los Estados. Por ello, el Tribunal Supremo actuó probablemente de acuerdo con el verdadero significado de la disposición, como lo confirmaron después los trabajos preparatorios, cuando, tras haber tomado al parecer en consideración la so-

(2) Sobre el régimen de tales sentencias v. WILLIS L. M. REESE, *The Status in this Country of Judgments Rendered Abroad*, 50 Col. L. R. (1950), 783-800. GRISWOLD, op. cit. 223-233; KURT H. NADELMANN, *Reprisals Against American Judgments?* 65 Harv. L. R. (1952), 1184-1191.

(3) 28 U. S., § 1738 (1948).

(4) Sobre la idea de que los Estados deben, en virtud de la *full faith and credit clause*, reconocer los derechos nacidos en otros Estados, aunque no tengan su origen en una sentencia, véase Broderick v. Rosner (1935), 294 U. S. 620, 79 L. ed. 1100, 55 S. Ct. 589, 100 ALR 1133. Sobre la idea de que no deben dar al acreedor un derecho más eficaz del que tenía en el Estado en que el derecho nació. v. John Hancock Mutual Life Ins. Co. v. Yates (1936) 299 U. S. 178.

lución opuesta (1), declaró en 1839 que la sentencia dictada en un Estado carecía por sí sola de valor en los demás (2). Solamente podría llegar a ejecutarse en otro Estado mediante una sentencia dictada en éste. El único efecto de la *full faith and credit clause* consistía en no permitir discutir su fundamento, y con ello obligar al Tribunal de otro Estado, requerido en segundo lugar, a dictar una decisión idéntica en principio. Pero todas las razones que según la *common law* justificaban la negativa del *exequatur* de una sentencia extranjera (3) seguían en pie; en particular, la segunda jurisdicción había de comprobar la competencia de la primera, y después de la entrada en vigor de la Décimocuarta enmienda, habría de comprobar igualmente que la sentencia fué dictada en *due process of law* (4).

Más adelante, sobre todo en el siglo xx, con el desarrollo de las comunicaciones y del comercio entre los Estados, el Tribunal Supremo se esforzó en acrecentar la fuerza interestatal de las sentencias. Hoy día insiste sobre la regla—expresada ya por la Constitución y la ley de 1790—de que todo Estado debe en principio reconocer a una sentencia la misma fuerza de *res judicata* de que goza en el Estado en que se dictó (5). Ha decidido, por ejemplo, que la sentencia debe ejecutarse incluso si los hechos sobre los que recae se han producido en el Estado requerido en segundo lugar, y aunque según el Derecho de dicho Estado no puedan servir de base a la sentencia o incluso constituyan una violación de la ley penal (6); igualmente afirma que la competencia del Tribunal primeramente requerido no debe ser negada arbitrariamente (7); asimismo, que una condena fiscal debe recibir el

(1) Cfr. JACKSON, *op. cit. supra*, núm. 1, nota 1, 7-10.

(2) M'Elmoyle v. Cohen (1839), 13 Pet. 312, 10 L. ed. 177; D'Arcy v. Ketchum (1850), 11 How. 165, 175-176, 13 L. ed. 648.

(3) Cfr. M'Elmoyle v. Cohen (1839), citado *supra*, nota precedente.

(4) D'Arcy v. Ketchum (1850), citado *supra*, nota 2; Thompson v. Whitman (1873), 18 Wall. 457, 21 L. ed. 897.

Es sabido que la *due process of law clause* de la Décimocuarta enmienda prohíbe a los Estados poner en juego la vida, la libertad o el patrimonio de una persona sin suficientes garantías legales. Dicha disposición ha sido el principal fundamento, sobre todo entre 1890 y 1920, de múltiples decisiones que han afirmado la inconstitucionalidad de leyes de los Estados. Hoy día, por el contrario, el Tribunal Supremo solamente la utiliza para anular un procedimiento civil o, sobre todo, criminal, que estima no haber presentado suficientes garantías de justicia. Sobre la historia y el alcance de la disposición. v. ANDRÉ y SUZANNE TUNC, *Introduction à l'étude du droit des Etats-Unis d'Amérique* (en preparación), t. I, núm. 82 y sigs., 100, 117, 134, y t. 2, núms. 190, 280 y 288.

(5) Riley v. New York Trust Co. (1942), citado *infra*, nota 6; Magnolia Petroleum v. Hunt (1943), citado *infra*, núm. 6, nota 2 (pero cfr. Industrial Commission of Wisconsin v. McCartin (1947), estudiado *infra*, núm. 6, texto y nota 1; Sherrer v. Sherrer (1948) y Coe v. Coe (1948), estudiados *infra*, número 5, nota 4.

(6) Fauntleroy v. Lum (1908) 210 U. S. 230, 52 L. ed. 1039, S. Ct. 641; Kenney v. Supreme Lodge (1920), 252 U. S. 411, 64 L. ed. 638, 40 S. Ct. 371; Riley v. New York Trust Co. (1942), 315 U. S. 343, 86 L. ed. 885, 62 S. Ct. 608.

(7) Kenney v. Supreme Lodge (1920), cit. *supra*, nota anterior.

exequatur (8). Es claro que reconocer la fuerza de *res judicata* no consiste tan sólo en estar dispuesto a conceder un *exequatur*, sino también en reconocer sin *exequatur* las situaciones jurídicas que resulten de las sentencias. Así, el Tribunal Supremo ha resuelto que a un padre, condenado por sentencia de divorcio a pagar determinada suma a su hija menor de edad, no podía demandársele en otro Estado para reclamarle el pago de una pensión alimenticia, si en el primer Estado el pago de una cantidad por una sola vez le eximía del de toda pensión (9).

3. Si bien en términos generales la historia de la *full faith and credit clause* es la historia de la constante vigorización de la autoridad extraterritorial de las sentencias (1), es necesario, sin embargo, examinar los límites a que se sujeta dicha autoridad. Desde el punto de vista práctico, el problema viene determinado preponderantemente por la existencia de los «divorcios migratorios». Determinados Estados—Nevada en primer término, Florida y Nuevo Méjico en segundo lugar—se aseguran una remuneradora actividad concediendo el divorcio a toda persona que lo solicita después de haber residido unas cuantas semanas en su territorio: la afirmación hecha por uno de los cónyuges de una falta cometida por el otro basta en efecto para obtener la disolución del matrimonio (2). El cónyuge deseoso de recobrar su libertad se ve,

(8) *Milwaukee County v. M. E. White Co.* (1935), 296 U. S. 268, 90 L. ed. 220, 56 S. Ct. 229.

(9) *Yarborough v. Yarborough* (1933), 290 U. S. 202, 78 L. ed. 269, 54 S. Ct. 181, 90 ALR 924.

(1) Los estudios citados *supra* núm. 1, nota 1, tienden igualmente a que se reconozca a la disposición un alcance tan amplio como sea posible; v. particularmente *Cook*, 90-107.

Parece poder omitirse aquí el estudio de la autoridad extraterritorial de las sentencias penales, cuestión sobre la que las resoluciones judiciales son bastante confusas.

En principio, una sentencia penal no puede ejecutarse en otro Estado (cfr. *Wisconsin v. Pelican Insurance Company* (1888), 127 U. S. 265). Solamente puede constituir, en su caso, fundamento para una solicitud de extradición, que será valorada según su autoridad intrínseca y teniendo en cuenta el orden público del Estado en que se encuentra el condenado. La fuerza civil de una sentencia penal constituye una cuestión de por sí muy complicada dentro del Derecho de cada Estado, y más aún en la esfera interestatal. Cfr. *LEFLAR, Extrastate Enforcement of Penal and Governmental Claims*, 40 Harv. L. R. (1932), 193 y sig.

V. igualmente, sobre otro aspecto particular de la autoridad extraterritorial de las sentencias, *BROOKARD SCHWARTZ, Fall v. Eastin Revisited: Extraterritorial Effect of Foreign Lund Decrees*, 54 Dick. L. R. (1950), 293-303.

(2) Véanse, sobre los divorcios de Nevada y de Florida, las indicaciones estadísticas dadas por Mr. Justice Frankfurter en los casos *Sherrer y Coe* (citados *infra* núm. 5, nota 4). En 1947, 13.800 divorcios fueron decretados en Nevada y 20.900 en Florida, de un total de 474.000 en todos los Estados Unidos. La primera cifra es más impresionante de lo que parece a simple vista, porque incluye casi exclusivamente divorcios decretados respecto a residentes en otros Estados. Con ella se establece, en efecto, la proporción de los divorcios en Nevada en cien por año (o sea, doscientos divorciados) por cada mil habitantes, mientras que la proporción en los Estados Unidos es de 3,3 divorcios por año por cada 1.000 habitantes. La proporción en Florida es de 9 divorcios-

por lo tanto, ofrecer la posibilidad de abandonar a su consorte, instalarse en el Estado durante el tiempo requerido por la ley—a menudo, seis semanas (3)—, y después, declarando bajo juramento haber fijado en él su residencia, obtener el divorcio mediante la alegación de cualquier agravio imaginario que constituya por ejemplo «crueldad mental». En tres meses o menos, se puede estar casado, divorciado, vuelto a casar... y, a veces, incluso morir (4). Interviniendo la mala suerte, es posible, sin embargo, regresar al Estado de origen después del segundo matrimonio, y verse encarcelado por bigamia (5).

Otros Estados—esencialmente Nueva York—, inspirados no en una idea de lucro, sino en una resignación tal vez excesiva ante la debilidad humana, decretan en serie los divorcios, sobre la base de un consentimiento mutuo apenas velado por una apariencia del procedimiento (6). A la inversa, ciertos Estados de Nueva Inglaterra o del Sur mantienen fuertemente las tradiciones religiosas de hostilidad al divorcio. Carolina del Sur solamente lo ha introducido en 1948. Existe, por consiguiente, un desequilibrio entre las distintas concepciones, del cual solamente pueden derivarse resultados desfavorables para la autoridad interestatal de las sentencias. Los Estados hostiles al divorcio no pueden aceptar sin resistencia ver el vínculo matrimonial de sus ciudadanos y las obligaciones que dimanen de él disolverse por la voluntad unilateral de alguno de los contrayentes y una estancia de seis semanas en Reno, Las Vegas o Miami (7).

por año por cada 1.000 habitantes. Puede añadirse que Nevada se ha hecho aún otra especialidad en los «matrimonios migratorios»: 57.000 matrimonios tuvieron lugar en 1947, es decir 414 por cada 1.000 habitantes (1.828 contrayentes por año por cada 1.000 habitantes!).

Gracias a esa doble «inflación», la proporción entre divorcios y matrimonios es sensiblemente la misma en Nevada (1 de cada 4) que en todos los Estados Unidos (1 de cada 4'2).

(3) Es preciso tener en cuenta además que la necesidad de un tiempo de residencia, incluso breve, puede ser evitada si ambas partes están de acuerdo. Resulta, en efecto, del caso *Johnson v. Muelberger* (1951), citado *infra*, núm. 5, nota 6, que ni los cónyuges ni los terceros pueden discutir la validez de un divorcio dictado en un Estado donde una de las partes no había residido durante el tiempo requerido, siempre que la otra parte hubiera comparecido en juicio. Sobre las posibilidades de fraude que ofrece la decisión y su peligro, v. observaciones en 65 *Harv. L. R.* 151-152 y Chrestein (Ch. 1950), 8 *N. J. Super.* 504, 73 *A* (2d) 628, comentado 64 *Harv. L. R.*, (1951), 496-497.

(4) *Cfr.* *Rice v. Rice* (1949), estudiado *infra*, núm. 5, texto y nota 2.

(5) *Cfr.* los casos *Williams v. North Carolina* (1942 y 1945), estudiados *infra*, núm. 4, texto y notas 6 y 7, o *Long v. State* (1949), estudiado *infra*, número 8, texto y nota 1.

(6) *Cfr.* *RICHARD H. WELS, New York: The Poor Man's Reno*, 35 *Corn. L. Q.* (1950), 302-326.

(7) Sobre los esfuerzos realizados desde antiguo para llegar a una legislación uniforme en materia de divorcio, v. *Mr. Justice Frankfurter*, nota 13 del *dissent* en los casos *Sherrer* y *Coe* estudiados *infra*, núm. 5, texto y nota 4.

El Tribunal Supremo reconoce hoy la existencia de dos límites fundamentales a la autoridad extraterritorial de las sentencias: dicha autoridad se subordina a determinados requisitos; sus efectos, por otra parte, sufren ciertas limitaciones. Es preciso estudiar sucesivamente ambas cuestiones, y concluir evocando brevemente otros posibles límites que han sido sugeridos.

4. A) La autoridad interestatal de una sentencia se subordina, ante todo, a que la jurisdicción de la que emana el fallo haya sido competente; la jurisdicción posteriormente requerida es la que ha de resolver dicho punto, bajo el control del Tribunal Supremo (1).

En materia de divorcio, el problema ha sido oscurecido durante mucho tiempo por las dudas sobre las reglas de competencia. Durante un largo período, el Tribunal Supremo ha admitido que el domicilio de las partes determinaba la jurisdicción competente, siempre que hubiesen tenido poco antes del divorcio un domicilio común; subsidiariamente, era determinante el domicilio de uno de los cónyuges, si el otro parecía no tener domicilio y si el del primero podía ser considerado como «domicilio matrimonial» (2); en último término, se acudía al domicilio de uno cualquiera de los cónyuges, siempre que el otro hubiera comparecido en juicio, o que la citación le hubiera sido entregada «en persona» (3). Estas reglas fueron confirmadas en su conjunto por el Tribunal Supremo en el caso *Haddock* (4), el año 1906. El exacto alcance de esta resolución es, en verdad, bastante dudoso (5), pero por lo menos el Tribunal decidía claramente que un marido no podía obtener el divorcio en el Estado en que se estableció después de abandonar a su mujer, mientras su cónyuge permaneciera en el domicilio conyugal; además, el Tribunal rechazaba definitivamente el antiguo punto de vista, que gozaba entonces aún de cierto crédito, según el cual la acción de divorcio podía considerarse como acción real.

El caso *Haddock* aportaba, por lo tanto, cierta precisión a las reglas anteriormente establecidas. Por otra parte, ofrecía igualmente la ventaja, conforme con el espíritu de la *full faith clause*, de

(1) *D'Arcy v. Ketchum* (1850) y *Thompson v. Whitman* (1873), citados *supra*, núm. 2, notas 2 y 4.

Cabrá preguntarse si la jurisdicción requerida en segundo lugar debe apreciar solamente la competencia del Estado bajo cuya autoridad la sentencia se dictó, o si debe apreciar también la competencia, dentro del Estado, del Tribunal que en concreto estatuyó sobre el caso. Este problema es muy secundario. El único y verdadero problema es el de la competencia del Estado bajo cuya autoridad la sentencia fué dictada.

(2) *Cfr. Atherton v. Atherton* (1901), 181 U. S. 155, 45 L. ed. 794, 21 S. Ct. 544.

(3) *Cfr. HENRY ROTTSCHAEFFER, Handbook of American Constitutional Law* (1939), § 100, págs. 142-143; JOSEPH W. MADDEN, *Handbook of the Law of Persons and Domestic Relations* (1931), §§ 93, 94, 95, págs. 312-319; nota en 39 ALR (1921), 603-674; *Davis v. Davis* (1938), U. S. 32, 83 L. ed. 26, 59 S. Ct. 3; 118 ALR 1518.

(4) *Haddock v. Haddock* (1906), 201 U. S. 562, 50 L. ed. 867, 26 S. Ct. 525.

(5) *Cfr. M. Justice DOUGLAS, en el primer caso Williams, cit. infra, nota 6.*

no permitir a un cónyuge aprovecharse de la multiplicidad de Estados dentro de la Unión para obtener un divorcio que no le hubiera concedido el Tribunal normalmente competente. Sin embargo, considerado desde un punto de vista meramente mecánico o estadístico, reforzaba la importancia de la limitación opuesta a la aplicación de la *full faith and credit clause*, y, por lo tanto, permitía que fuera negada, a pesar de dicha regla, la autoridad de un mayor número de sentencias.

Es tal vez esta última consideración la que llevó al Tribunal Supremo a un cambio de jurisprudencia, en el primer caso *Williams*, de 1942 (6). La decisión, caracterizada por un considerable reforzamiento del alcance de la *full faith and credit clause*, elimina completamente de la cuestión la noción del domicilio conyugal. El Tribunal revoca, en efecto, la condena por bigamia dictada por el Tribunal de un Estado contra dos personas que, después de haber abandonado cada una de ellas a su cónyuge en el domicilio conyugal, habían obtenido el divorcio en Nevada, casándose después entre sí y regresando al Estado en el que residían anteriormente. El Tribunal Supremo reconoce la validez extraterritorial de las dos sentencias de divorcio dictadas en Nevada, sobre la base de que, en cada caso, uno de los cónyuges poseía «de buena fe» un domicilio en dicho Estado; se niega a tomar en consideración el hecho de que el otro cónyuge hubiera permanecido en el domicilio conyugal, de que la citación no le fuera entregada en el Estado en que se dictó la sentencia y de que no compareciera en juicio.

Si bien ninguno de los principios sentados por esta sentencia ha sido alterado posteriormente y, por consiguiente, sigue siendo exacto que la competencia en materia de divorcio pertenece al juez del domicilio de ambos cónyuges, si éstos tienen un domicilio común o, en otro caso, al juez del domicilio adquirido de buena fe por cualquiera de los cónyuges, el alcance de estos principios ha sido considerablemente modificado, y casi invertido, por una segunda resolución sobre el caso *Williams*, en 1945 (7). Esta resolución se relaciona con la continuación del litigio después de la primera sentencia del Tribunal Supremo. Devueltos los autos al Tribunal Supremo de Carolina del Norte, éste confirmó la condena por bigamia, negando expresamente que los demandantes en el juicio de divorcio hubieran adquirido de buena fe un domicilio en Nevada, y, por lo tanto, que las sentencias de divorcio hubieran sido dictadas por un Tribunal competente. Requerido de nuevo, el Tribunal Supremo de Estados Unidos aprueba esta actitud o, en todo caso, la declara legal. Una sentencia, afirma, resuelve definitivamente, y para todos los Estados, aquellos puntos sobre los que

(6) *Williams v. North Carolina* (1942), 317 U. S. 287, 87 L. ed. 279, 63 S. Ct. 207, 143 ALR 1273.

(7) *Williams v. North Carolina* (1945), 525 U. S. 226, 89 L. ed. 1577, 65 S. Ct. 1092, 157 ALR 1366, Cfr. HERBERT R. BAER, *The Aftermath of Williams v. North Carolina*, 28 N. C. L. R. (1950), 265-290.

decide, excepto la competencia del Tribunal que la dicta. Esta puede ser discutida en todos los demás Estados, que no pueden quedar vinculados sobre dicho punto por una afirmación infundada e incluso fraudulenta, procedente de alguna de las partes y aceptada sin control por la jurisdicción de un Estado. La decisión del Tribunal de Nevada sobre su propia competencia «tiene derecho al respeto e incluso más aún». Son precisas sólidas pruebas para rechazarla. Pero el mero hecho de que haya sido dictada no puede impedir a los restantes Estados examinar su valor (8). Se ve así cuál es exactamente el alcance de la segunda sentencia en el caso *Williams*. No modifica ninguno de los principios sentados por la primera; pero autoriza soluciones contrarias a las que ésta parecía exigir, al precisar, no ya siquiera la noción de «domicilio de buena fe», sino el poder de apreciación sobre este punto de la jurisdicción situada en presencia de una sentencia de divorcio. Es este poder de apreciación el que ha de convertirse en el centro de toda la cuestión.

5. La doctrina de la segunda sentencia en el caso *Williams* se recoge muy fielmente, el mismo día, en el caso *Esenwein* (1), aplicada a hechos algo diferentes. Un hombre casado, después de abandonar a su esposa en el domicilio común, en Pennsylvania, y de obtener el divorcio en Nevada, había fijado su domicilio en Ohio, y acudió a un Tribunal de Pennsylvania pidiendo ser liberado, como consecuencia del divorcio y con arreglo al Derecho de Pennsylvania, de una pensión alimenticia que había sido condenado a pagar como marido. El Tribunal de Pennsylvania había rechazado la demanda, y el Tribunal Supremo aprueba también tal actitud, añadiendo incluso que no le corresponde decidir si la segunda jurisdicción ha apreciado correctamente la competencia de la primera, puesto que nada demuestra una falta de información o de imparcialidad por su parte.

La tesis precisada en el caso *Esenwein* se recoge nuevamente en 1949, en el caso *Rice* (2), en el que se aprueba una sentencia que atribuía a la primera mujer la herencia de un causante divorciado en Nevada y vuelto a casar (3).

Sin embargo, la doctrina experimenta en 1948 una precisión de la que cabe preguntarse si no es más bien un retoque, con los

(8) La opinión de Mr. Justice FRANKFURTER evoca el fondo del problema: «De todos modos, en la medida en que un Estado puede, por razones particulares, intervenir incorrectamente en las relaciones familiares que dependen de otro Estado, cabe estimar que su menosprecio de los lazos de la Unión debe ser reprimido y no alentado».

(1) *Esenwein v. Pennsylvania* (1945), 325 U. S. 279, 89 L. ed. 1608, 65 S. Ct. 1118, 157 ALR 1396.

(2) *Rice v. Rice* (1949), 336 U. S. 674, 93 L. ed. 957, 69 S. Ct. 751.

(3) Sobre la noción de "domicilio de buena fe", v. *Shain v. Shain* (Mass, 1949), 88 NE (2d) 143. Esta sentencia recuerda oportunamente que hay gentes que habitan realmente en Nevada, y que acaso pueden desear el divorcio por motivos reconocidos por la ley.

casos *Sherrer y Coe* (4). Se establece en ellos que a la sentencia de divorcio se extiende la *full faith and credit clause*, incluso en lo relativo a la decisión sobre la competencia (cuestión que, después de todo, resuelve el Tribunal como todas las demás), siempre y cuando el demandado compareciera en juicio y le fueran concedidas todas las garantías legales y, en particular, si discutió la competencia del Tribunal (5). Sentencias posteriores agregan que el fallo concediendo el divorcio goza de idéntica autoridad cuando el demandado fué objeto de una citación que se le entregó personalmente (6), y añaden que tal circunstancia ha de presumirse siempre que los autos no contengan precisión alguna sobre ella (7).

Cabe preguntarse si esta doctrina conduce a felices resultados prácticos. El deseo de declararse competentes es tan grande, en efecto, en los Tribunales de Nevada y otros análogos, que nace la duda acerca de si el cónyuge que pretende mantener el vínculo matrimonial se verá ofrecer alguna oportunidad de hacer prosperar su punto de vista, por justificado que sea. Algunas reservas formuladas en las anteriores sentencias autorizan, sin embargo, a pensar que el Tribunal Supremo permitiría negar la autoridad de la sentencia de divorcio si la parcialidad del Tribunal que la dictó fuera demostrada (8).

(4) *Sherrer v. Sherrer* (1948), 334 U. S. 343, 92 L. ed. 1429, 68 S. Ct. 1087, 1 ALR (2d) 1355; *Coe v. Coe* (1948), 334 U. S. 378, 92 L. ed. 1451, 68 S. Ct. 1094, 1 ALR (2d) 1376.

(5) Cfr. anteriormente, *Davis v. Davis* (1938), 305 U. S. 32, 83 L. ed. 26, 59 S. Ct. 3, 118 ALR 1518, y *Treinius v. Sunshine Mining Co.* (1939), 308 U. S. 66, 84 L. ed. 85, 60 S. Ct. 44.

(6) *Rice v. Rice* (1949), cit. *supra*, nota 2; *Johnson v. Muelberger* (1951), 340 U. S. 581, 587; *Cook v. Cook* (1951), 342 U. S. 126; *Sutton v. Leib* (1952) 342 U. S. 402.

Se observará que, en realidad, en los casos *Cook* y *Sutton* se subordina la autoridad de la decisión a que una citación fuese entregada personalmente al demandado en el Estado en que la decisión fué dictada. En el caso *Williams*, los demandados habían sido citados, uno mediante anuncio en la prensa y por carta, otro mediante citación entregada por el *sheriff* en Carolina del Norte. Sobre la necesidad en general de una citación entregada personalmente al demandado cuando éste reside fuera del Estado requerido y sus señas son conocidas, v. *Mullane v. Central Hanover Trust Co.* (1950) 339 U. S. 306.

(7) *Cook v. Cook* (1951) citado *supra*, nota anterior.

El caso *Johnson*, citado en la nota anterior, precisa igualmente que una decisión judicial no puede ser impugnada fuera del Estado en que se dictó por personas que no podrían impugnarla dentro de dicho Estado: sobre esta cuestión compárese la nota anterior con: 12 ALR (2d) 717.

(8) Los Tribunales de los Estados parecen intentar a menudo sustraerse a la obligación de respetar las «sentencias migratorias». Tienden, por lo tanto, a restringir la doctrina de los casos *Sherrer y Coe*.

El Tribunal de Apelación de Nueva York estima que dicha doctrina no se aplica cuando el defensor del demandado se limitó a alegar la incompetencia de la jurisdicción primeramente requerida y no discutió el asunto sobre el fondo (*Henricks v. Henricks* (1945), 92 N. Y. Supp. (2d) 338; en idéntico sentido, el Tribunal Supremo de Massachusetts, *Rubinstein v. Rubinstein* (1949), 324 Mass. 340, 86 N. E. (2d) 654); también excluye su aplicación cuando la acción de nulidad había sido ejercitada por persona distinta del actual requirente (por ejemplo, la hija de un primer matrimonio, legataria universal del

Muy recientemente, el Tribunal Supremo se ha visto enfrentado con la cuestión de la autoridad interestatal de las sentencias planteada dos veces en un mismo litigio. En el caso ha decidido que un fallo del Tribunal de Nueva York decretando la nulidad de unas segundas nupcias sobre la base de la incompetencia del Tribunal de Nevada que había concedido el divorcio a uno de los contrayentes debía recibir *full faith and credit* en Illinois, como debería recibirlo incluso en Nevada (9).

6. B) Reconocer fuerza de cosa juzgada a una decisión judicial no implica solamente estar dispuesto a ejecutarla, sino también reconocer la situación jurídica que por ella se crea. Las consideraciones que preceden han demostrado la importancia de este principio. Y sin embargo, dicho principio, relativo a los efectos

marido, que impugnó la validez del segundo divorcio de su padre para privar a la tercera mujer de éste de su cualidad de esposa con derecho a legítima), pero el Tribunal Supremo ha revocado esta decisión (Johnson v. Muelberger, citado *supra*, nota 6). Por el contrario, la doctrina se aplica cuando la mujer compareció ante la jurisdicción que dictó el divorcio con el único propósito de obtener los medios necesarios para obligar a su marido al pago de los alimentos que había sido anteriormente condenado a satisfacer a su hijo: Berkowitz v. Berkowitz (1949), 92 N. Y. Supp. (2d) 363. En el caso In re Fleischer's Estate (1948), 80 N. Y. Supp. (2d) 543, la Surrogate Court de Nueva York aplica la doctrina a un divorcio dictado en Méjico (cfr. nota en 49 Col. L. Rev. (1949) 417-420). Sobre la actitud del Tribunal de Apelación de Nueva York, v. también los casos *Lynn* y *De Marigny*, estudiados *infra*, núm. 6, nota 10.

El Tribunal de la Cancillería y el Tribunal Supremo de New Jersey no aplican la doctrina cuando el cónyuge demandante afirmó falsamente que había residido en el Estado durante el tiempo requerido y su cónyuge compareció en juicio con el único propósito de hacer inatacable la sentencia: Chirelstein v. Chirelstein (Ch. 1950), 8 N. J. Super. 504, 73 A (2d) 628; Staedler v. Staedler (1951), 6 N. J. 380, 78 A (2d) 896).

(9) Sutton v. Leib (1952), citado *supra*, nota 6. No parece inútil exponer los hechos, aunque sólo sea para mostrar la complejidad de las situaciones que los Tribunales han de resolver en esta materia. La señora V. S. obtuvo el divorcio en Illinois en 1939; en 1944 contrajo un nuevo matrimonio en Nevada. Su segundo marido había conseguido (el mismo día del matrimonio) el divorcio en Nevada, pero un mes después, su primera mujer interpuso contra él una demanda de divorcio, que el Tribunal de Nueva York estimó meses más tarde, declarando incidentalmente que el divorcio concedido en Nevada era nulo; en 1945, la señora V. S. solicita de los Tribunales de Nueva York que pronuncien la nulidad de su segundo matrimonio en Nevada, lo que obtiene en 1947 sobre la base de que su marido «tenía aún en vida otra mujer en la fecha del matrimonio», lo que implica—una vez más—que la sentencia de Nevada decretando el divorcio de dicho marido carecía de validez. Esta última decisión permite a la señora V. S. volverse a casar válidamente con un tercer marido en el Estado de Nueva York.

Finalmente, ante un Tribunal de Illinois exige a su primer marido el pago de los alimentos que le habían sido concedidos por la sentencia de divorcio de 1939: la demanda versa sobre el pago de la pensión durante el tiempo transcurrido entre la sentencia de 1939 y el matrimonio contraído en el Estado de Nueva York, mientras que el marido se estima liberado de la obligación de pago a partir del segundo matrimonio de su ex mujer en Nevada.

Según el Tribunal Supremo, los Tribunales de Illinois han de reconocer la autoridad de la sentencia de Nueva York que declaró nulo el segundo matrimonio en Nevada.

Y, sin embargo, no estima la demanda de la mujer como consecuencia de la «divisibilidad» de la nulidad del matrimonio (cfr. *infra*, núm. 6, texto y nota 12).

interestatales de la cosa juzgada y no ya a los requisitos de tal eficacia, ha visto limitado recientemente su alcance. Varias sentencias del Tribunal Supremo permiten que sean desconocidas las consecuencias lógicas más inmediatas de una decisión.

Una primera manifestación de esta actitud parece encontrarse en el caso *McCartin*, resuelto en 1947 (1). Dicha sentencia es particularmente importante, ya que puede aparecer como contraria a otra sentencia anterior de 1943 (2). En el caso *McCartin* se resolvió que un empleado víctima de accidente del trabajo, por el cual fué indemnizado con arreglo al Derecho del Estado en que había sido concluído el contrato de trabajo y en el que tanto el empleado como su empresario residían, podía obtener una indemnización suplementaria en el Estado donde tuvo lugar el accidente, por lo menos—consideración declarada decisiva, pero que parece bastante débil (3)—cuando la primera sentencia reservó su derecho a una indemnización suplementaria. Tal decisión desconoce, a lo que parece, el efecto negativo (o extintivo) de la cosa juzgada.

Un desconocimiento aún más grave de la fuerza de cosa juzgada ha sido considerado posible por el juez Douglas en el caso *Esenwein* (4), y por dos sentencias del Tribunal Supremo en 1948, en los casos *Estin y Kreiger* (5). Ambas sentencias son prácticamente idénticas, y la segunda se remite a los fundamentos de la primera. Los hechos eran poco más o menos los del caso *Esenwein*. Una mujer abandonada por su marido en el Estado de Nueva York había obtenido el pago de una renta en concepto de alimentos. El marido, no mucho después, consiguió el divorcio en Nevada y estimó que no tenía por qué continuar el pago de alimentos, ya que según el Derecho de Nueva York éstos solamente se dan entre cónyuges, y no después del divorcio. Pero—y he aquí el punto nuevo—los Tribunales de Nueva York, en lugar de discutir la competencia de los de Nevada, se limitaron a no tener en cuenta sus decisiones y a mantener el pago de la renta por alimentos. No cabe duda de que esta actitud debió de haber sido censurada por el Tribunal Supremo como lo fué la de los Tribunales de Carolina del Norte en el primer caso *Williams* (6). Y sin embargo, fué apro-

(1) *Industrial Commission of Wisconsin v. McCartin* (1947), 330 U. S. 622, 91 L. ed. 1140, 67 S. Ct. 886.

(2) *Magnolia Petroleum Company v. Hunt* (1943), 320 U. S. 430, 88 L. ed. 149, 64 S. Ct. 208, 150 ALR 413; cfr. *Yarborough v. Yarborough* (1933) citado *supra*, núm. 2, texto y nota 9. Cfr. *CREATHAM, op. cit. supra* núm. 1, nota 1.

(3) Cfr. *infra* núm. 7.

(4) Citado *supra*, núm. 5, nota 1, 325 U. S. 282-283.

(5) *Estin v. Estin* (1948), 334 U. S. 541, 92 L. ed. 1561, 68 S. Ct. 1213, ALR (2d) 1412; *Kreiger v. Kreiger* (1948), 334 U. S. 555, 92 L. ed. 1572, 68 S. Ct. 1221. Estas resoluciones han dado lugar a un vigoroso *dissent* de Mr. Justice Jackson que hemos reproducido *infra*, en el texto, núm. 8. Han sido igualmente criticadas por MORRIS, *op. cit. supra* núm. 1, nota 1. Por el contrario, han sido objeto de un análisis favorable en 61 *Harv. L. Rev.* (1948), 1454-1455.

(6) Estudiado *supra*, núm. 4, texto y nota 6.

bada por razones sorprendentes. Es inútil, declara el Tribunal Supremo, demostrar que la anterior jurisprudencia del Estado de Nueva York reconocía unánimemente que los alimentos no podían ser exigidos una vez disuelto el matrimonio: el Tribunal Supremo no tiene autoridad para censurar un cambio de jurisprudencia, y un cambio tal es lo que realiza el Tribunal de Nueva York en la sentencia impugnada. Sin duda, un espíritu amigo de formular principios absolutos podría discutir la solución y sostener que una vez decretado el divorcio, el vínculo conyugal queda totalmente disuelto. Pero «en Derecho, es reducida la esfera en que la respuesta adecuada sea negro o blanco». Los Tribunales de Nevada carecían de competencia para resolver la cuestión del pago de alimentos. El divorcio, en definitiva, es «divisible»: la sentencia de Nevada es eficaz en cuanto atribuye un nuevo estado a los cónyuges, pero no en lo que respecta al pago de los alimentos. De esta manera pueden conciliarse los intereses de Nevada y los de Nueva York, atribuyendo a cada Estado la competencia sobre la cuestión que para él reviste mayor importancia.

Para medir el exacto alcance de estas sentencias hay que tener en cuenta que según la dictada en el caso *Estin* el Tribunal de Nevada no había fallado sobre la cuestión de la pensión alimenticia, que dicho Tribunal carecía de competencia sobre tal cuestión y sobre todo, como la sentencia lo observa en dos ocasiones, que la citación para comparecer no había sido notificada «en persona».

Cabe, por consiguiente, preguntarse si una citación para comparecer, notificada personalmente al demandado, no llegará a excluir la limitación de los efectos de la cosa juzgada, de la misma manera que según las sentencias anteriormente estudiadas excluía la posibilidad para un Tribunal requerido en segundo término, de discutir la competencia del Tribunal que ya resolvió la misma cuestión (7).

Es difícil llegar hasta la idea básica que inspira la solución de los casos *Estin* y *Kreiger*. Desde el punto de vista teórico, la tesis de la divisibilidad del divorcio provoca evidentemente cierta sorpresa, y resulta poco compatible con el espíritu de la ley de 1790 (8), incluso si se puede llegar a presentarla de manera que no parezca contrariar a ésta. En la práctica, no cabe duda de que dicha tesis provoca lamentables resultados (9). Tal vez la sentencias se expliquen por el deseo de no revocar dos resoluciones dictadas por el Tribunal de apelación de Nueva York, lo que llevó a mantenerlas cambiando sus fundamentos. Tal vez se expliquen también por el deseo de permitir en un mayor número de casos el respeto del principio de la eficacia extraterritorial de las sentencias, para lo cual se limita el alcance de dicho principio. De ser ésta la finalidad perseguida, tal sustitución de lo «cualitativo» por lo

(7) Cfr. *supra*, núm. 5, texto y nota 6.

(8) Citado *supra*, núm. 1.

(9) Cfr. el *dissent* de Mr. Justice JACKSON.

«cuantitativo» no ha dado lugar a los resultados deseados, ya que las dudas jurisprudenciales que han seguido a las sentencias del Tribunal Supremo no han contribuído más que a disminuir el crédito atribuído al valor extraterritorial de las decisiones judiciales (10).

(10) Algunos ejemplos ilustrarán las incertidumbres de la jurisprudencia. El Tribunal de apelación de Nueva York, en el caso *Lynn v. Lynn* (1949), 88 N. Y. Supp. (2d) 791, aplica la doctrina del divorcio divisible a un supuesto en que la mujer demandada había comparecido en el juicio de divorcio (v. sin embargo los casos *Sherrer y Coe*, *supra*, núm. 5, texto y nota 4, y la observación presentada *supra* en el texto, acerca del caso *Estin*). Yendo más lejos, la misma sentencia no se considera vinculada por una decisión de Nevada, ya que ésta no respetó una resolución anteriormente dictada por el Tribunal de Nueva York en el mismo asunto; en efecto, el Tribunal de Nevada accedió al divorcio por «crueldad», cuando en realidad, en virtud de una anterior sentencia de mera separación, la mujer no tenía respecto del marido otro deber que el de fidelidad. El Tribunal Supremo de New Jersey, en el caso *Peff v. Peff* (1949), 2 N. J. 513, 67 A (2d) 161, decide que la doctrina del divorcio divisible solamente autoriza a mantener una pensión de alimentos entre cónyuges, pero no a atribuírle después del divorcio. Sin embargo, en *Shepherd v. Ward* (1950) el mismo Tribunal ha decidido que no está obligado a conceder a una mujer la pensión por divorcio (que tiene distinta naturaleza), cuando el divorcio se concedió en Florida a petición de la mujer por motivos que hubieran sido insuficientes en New Jersey.

La doctrina del divorcio divisible coloca a los Tribunales en una situación de incertidumbre particularmente grave puesto que los efectos del matrimonio son múltiples y alguna de las partes puede alegar la permanencia de cualquiera de ellos. Si puede distinguirse el derecho a una pensión alimenticia del conjunto del «estatuto conyugal» a que el divorcio pone fin, ¿debe distinguirse igualmente de dicho estatuto el derecho a la sucesión? En tal caso, la primera mujer podrá reivindicar la herencia (cfr. *Rice v. Rice* (1945), citado *supra*, número 5, texto y nota 2) sin discutir la autoridad interestatal de la sentencia de divorcio. ¿Debe distinguirse también la prohibición de contraer segundas nupcias? Cfr. el caso *De Marigny v. De Marigny* (1949), 92 N. Y. Supp. (2d) 217, que permite a la esposa en segundas nupcias impugnar el divorcio obtenido contra su marido por la primera mujer de éste, con objeto de hacer declarar la nulidad del propio matrimonio; pero también *In re Peart* (1950), N. Y. Supp. (2d), donde se rechaza la posibilidad de anular en el Estado de Nueva York un segundo matrimonio celebrado en Maryland menos de cuatro meses después de un divorcio dictado en Virginia, aunque la ley de Virginia prohíbe el matrimonio durante dicho período y declara que mientras no finalice los cónyuges no se considerarán divorciados a efectos de poder contraer nuevas nupcias. Si se multiplican tales distinciones, ¿qué queda del «estatuto conyugal»?

El Tribunal Supremo de California parece admitir no sólo la divisibilidad de los efectos del divorcio, sino la imposibilidad de oponer a los terceros algunos de dichos efectos: v. *Rediker v. Rediker* (1951) 35 Cal. (2d) 796, 221 P. (2d) 1, 20 ALR (2d) 1152. Un hombre obtuvo el divorcio en Cuba, donde residía, y contrajo después nuevo matrimonio. Posteriormente, su primera mujer consiguió contra él una sentencia de divorcio en Florida y su segunda mujer le demandó en California, exigiéndole el pago de alimentos. Como excepción frente a esta última petición, el marido invoca la nulidad de sus segundas nupcias, fundándose en la sentencia de Florida, que implica la nulidad del divorcio cubano y la permanencia del vínculo conyugal. El Tribunal Supremo de California, según la reseña que conocemos (*Case and Comment*, April, 1952, página 47), admite simultáneamente la validez de la sentencia cubana y la autoridad interestatal de la de Florida, pero no en la medida en que ésta disuelve el matrimonio, sino en cuanto afirma la permanencia del vínculo conyugal.

La doctrina de la divisibilidad ha sido recientemente extendida por el Tribunal Supremo del terreno del divorcio al de la nulidad del matrimonio. Habiendo resuelto un Tribunal del Estado de Nueva York que cierta persona no había conseguido válidamente su divorcio en Nevada, y que, por lo tanto, su segundo matrimonio era nulo, el Tribunal Supremo estima que dicha decisión ha de tener autoridad de cosa juzgada en todos los Estados (11), pero que corresponde a cada uno de ellos determinar qué consecuencias implica para el otro contrayente el hecho de que el referido segundo matrimonio sea nulo; en particular si pone o no fin a la obligación de alimentos de un marido anterior (12).

7. C) Aunque la exposición que antecede da cuenta de las dos limitaciones fundamentales a que se ha sometido la autoridad interestatal de las sentencias, parece útil, sin embargo, aludir a otros límites que a veces se han sugerido.

Pueden pasarse aquí por alto aquellos límites que solamente pertenecen al pasado (1). Baste indicar que el Tribunal Supremo ha eliminado recientemente la más importante de estas restricciones al decidir que la prescripción de una sentencia se rige por la ley del Estado en que fué dictada (2). Esta solución es evidentemente superior a la antigua: no solamente porque es más conforme con la ley de 1790 (3), sino porque evita que una sentencia sea aún eficaz en ciertos Estados cuando carece ya de fuerza en otros.

Otras ideas, por el contrario, invocadas a veces para limitar el valor extraterritorial de las sentencias, son susceptibles de ir tomando cada día mayor importancia (4).

La idea del orden público del Estado donde la sentencia se invoca, aunque sugerida a menudo, no fué nunca considerada decisiva (5), y es de suponer que no lo será jamás. En efecto, por la *full faith clause* los Estados han abdicado de su soberanía, y no es la consideración de su propio orden público, sino únicamente la del orden público de la Federación, la que puede justificar el desconocimiento de una decisión judicial (6). La solución contraria

Yendo más lejos de esta distinción audaz, el Tribunal añade que la afirmación de la sentencia de Florida relativa a la permanencia del vínculo conyugal no puede oponerse a quienes no eran parte en el juicio, y, por lo tanto, a la segunda mujer. Sobre esta base, estima la demanda presentada por ésta.

(1) Cfr. *supra*, núm. 5, texto y nota 9.

(12) Sutton v. Lieb (1952), estudiado *supra*, núm. 5, texto y nota 9.

(1) Sobre estas reservas, v. JACKSON, *op. cit. supra*, núm. 1, nota 1, 9-10.

(2) Unión National Bank of Wichita v. Lamb (1949). 337 U. S. 38, 93 L. ed. 1190, 69 S. Ct. 911, invirtiendo la doctrina de M'Elmoyle v. Cohen (1839) cit. *supra* núm. 2, nota 2.

(3) Cfr. *supra*, núm. 1.

(4) Cfr. REESE and JOHNSON, *op. cit. supra*, núm. 1, nota 1, 161-179.

(5) Recordemos (cfr. *supra*, núm. 2, texto y nota 6), que una sentencia debe ejecutarse aunque resuelta sobre hechos que tuvieron lugar en el Estado en que se invoca y que constituyen en él una infracción a la ley penal.

(6) Cfr. Milwaukee County v. M. E. White, Co. (1935), citado *supra* número 2, nota 8; las opiniones de la mayoría en el segundo caso *Williams* (cit. *supra*, núm. 4, nota 7), en los casos *Sherrer* y *Coe* (citados *supra*, núm. 5).

llevaría a peligrosas consecuencias, ya que haría variar según los Estados la validez de una sentencia y, por ejemplo, haría imposible el viaje, sin riesgo de ser encarcelado por bigamia por el hecho de cruzar una frontera, a dos personas casadas entre sí después de haber obtenido una de ellas un divorcio en Nevada.

La idea según la cual corresponde a la jurisdicción que estatuye sobre un caso fijar el alcance territorial de su decisión se invoca con bastante frecuencia, ha sido expresamente utilizada por el Tribunal Supremo como fundamento principal de una de sus decisiones (7), y tal vez explica (8) la diferencia de solución entre diversas sentencias (9), pero no parece poseer valor jurídico alguno y cabe suponer que está actualmente abandonada (10).

Por el contrario, la idea del fraude a la ley, que parece aportar al problema su solución más sencilla y más exacta, y que se utiliza expresamente en una ley de Massachusetts de 1835 (11), solamente se roza en la mayor parte de las decisiones (12). Es posible que este hecho se deba al prestigio adquirido por otra noción más amplia: la del *due process of law* (13). Una sentencia dictada por un Tribunal incompetente es, en efecto, un fallo pronunciado sin *due process of law*, a menos que ambos litigantes hayan comparecido en juicio y hayan gozado de todas las garantías normales del procedimiento (14). Es, pues, la idea del *due process of law* la que explica la segunda sentencia en el caso *Williams* y las posteriores, y será innecesario acudir a la noción del fraude a la ley.

8. Esta es la situación actual de un problema que, en los Estados Unidos, apasiona a los juristas e inquieta a numerosas personas afectadas por él.

Dicha situación es muy poco satisfactoria. Engendra para demasiadas personas una incertidumbre y una inseguridad cierta-

nota 4, y en el caso *Johnson v. Muelberger* (citado *supra*, núm. 5, nota 6) Mr. Justice FRANKFURTER ha empleado, sin embargo, en el segundo caso *Williams*, algunas expresiones desafortunadas, que han hecho a veces dar una interpretación diferente de su pensamiento, (Cfr. REESE and JOHNSON, 168-170.)

(7) *Industrial Commission of Wisconsin v. McCartin* (1947), cit. *supra* número 6, nota 1.

(8) En este sentido *Cook v. Minneapolis Bridge Construction* (Minn. 1950), NW (2d).

(9) *Industrial Commission of Wisconsin v. McCartin* (1947) y *Magnolia Petroleum Company v. Hunt* (1943), citados *supra*, núm. 6, notas 1 y 2.

(10) Es indiscutible, en cambio, que una resolución provisional, relativa, por ejemplo, a la custodia de los hijos, no puede vincular a Tribunales distintos de aquel que la dictó. Cfr. *Halvey v. Halvey* (1947) 330 U. S. 610, 91 L. ed. 1133, 67 S. Ct. 903.

(11) Mass. Gen. Laws C. 208, § 39 (1932), citada por Mr. Justice FRANKFURTER *dissent* en *Sherrer y Coe* (*supra*, núm. 5, nota 4).

(12) V., por ejemplo, *Chirelstein v. Chirelstein* (N. J. Ch. 1950), cit. *supra*, núm. 5, nota 8. La idea podría a veces ser también invocada en materia de matrimonio: cfr. *Larok v. Larok* (1948) 85 N. Y. S. (2d) 655.

(13) Cfr. *supra*, núm. 2, nota 4.

(14) Cfr. *Mullane v. Central Hanover Trust Co.* (1950), 339 U. S. 306; *International Shoe v. Washington* (1945), 326 U. S. 310, 90 L. ed. 95, 66 S. Ct. 154, 161 ALR 1057.

mente lamentables. Contra los casos *Estin* y *Kreiger*, Mr. Justice Jackson ha expresado un vigoroso *dissent*: «Si hay algo, escribe, que el pueblo tiene derecho a esperar de los que elaboran el Derecho, son reglas que permitan decir a los individuos si están casados o no, y en caso afirmativo, con quién. Hoy día, numerosas personas, por el mero hecho de haber vivido en más de un Estado, no saben cuál es su situación matrimonial, y los abogados más sabios no pueden decírselo con certeza.» Esta última afirmación es confirmada por el caso de una persona que, después de haber conseguido de un especialista un largo dictamen, siguió su consejo y obtuvo el divorcio en Arkansas, contrayendo posteriormente segundas nupcias, pero fué después condenada por bigamia en el Estado en el que residía normalmente; el Tribunal Supremo de Delaware, en la sentencia *Long v. State* (1), creyó debía absolverla teniendo en cuenta su buena fe y excluyendo en el caso la aplicación de la regla «nul n'est censé ignorer la loi» (pese a ser tan inflexible en la *common law* como en Francia) en consideración a la diligencia con que había intentado conocer el Derecho. Una única solución queda en realidad a numerosas personas: hacer precisar su situación matrimonial dentro del Estado a que pertenecen mediante una sentencia declarativa (2).

Es preciso reconocer que la actuación de Nevada y de algunos otros Estados sitúa al Tribunal Supremo ante la obligación de restringir o el valor interestatal de las decisiones judiciales, o la aplicación del Derecho de un Estado a los ciudadanos que debería regir. Es fácil excusar al Tribunal su duda en la búsqueda del mal menor. Sin embargo, resulta claro, al terminar este estudio, que al querer permitir a los Estados protegerse contra los «divorcios migratorios», respetando al mismo tiempo lo más posible la autoridad extraterritorial de las sentencias, el Tribunal Supremo ha intentado conciliar lo inconciliable. Es dudoso que pueda mantener su doctrina actual, llena de incertidumbre y de inconvenientes. Pero nada en sus últimas sentencias da un indicio para determinar la dirección en que ha de orientarse.

(Traducción de J. A. PRIETO)

(1) *Long v. State* (1949), 65 A (2d) 489.

(2) Desde hace unos veinte años, la mayor parte de los Estados han dictado leyes que autorizan a los Tribunales a pronunciar, sobre cuestiones litigiosas, decisiones que aclaran la situación de las partes sin pronunciar ninguna condena. Y ciertos Tribunales se declaran «sumergidos» bajo la oleada de demandas encaminadas a aclarar la situación matrimonial de las partes: v. *Application of Bopp* (1945), 58 N. Y. Supp. (2d) 190-196.

VIDA JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de M. PEÑA

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS: *Por Orden ministerial se acia-
ra un párrafo del preámbulo de una ley* (Orden de Justicia de 31 de ene-
ro 1953; B. O. del 4 de febrero).

Se refiere al párrafo cuarto del preámbulo de la ley de 20 de diciem-
bre de 1952 sobre cancelación de antecedentes penales. Parece que tiene
interés no olvidar esta disposición por el autor y el objeto de la inter-
pretación que contiene.

2. LA IGLESIA CATÓLICA: BIENES DE LA IGLESIA: Decreto 12 junio 1953
(II, 6).

II. Derechos reales.

1. LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA: *Se vuelve a regular el procedi-
miento para declarar una zona sujeta a la concentración parcelaria y
para la exclusión de las fincas que por su naturaleza o por las caracteris-
ticas de su cultivo deban exceptarse de la concentración; se establece
la necesidad de la previa audiencia de los "interesados" en general. A la
vez, se dan normas para la clasificación y valoración de las tierras a con-
centrar y formación del proyecto de nueva parcelación, estableciendo en
ambos casos los correspondientes recursos en favor de los interesados*
(Orden Agricultura 2 julio 1953; B. O. del 5).

A. EXPOSICIÓN: Con esta Orden se pretende que "en un solo cuerpo
legal estén establecidas las normas de procedimiento a que han de suje-
tarse los expedientes de concentración parcelaria" (preámbulo); por
esto, asume el contenido de la Orden 16 febrero 1952 (1), que queda de-
rogada. La nueva disposición desarrolla varias de las reglas establecidas
por la Ley de Concentración parcelaria (2). Es interesante destacar
alguna de las nuevas normas:

(1) V. A. D. C., VI, II, pág. 490.

(2) V. A. D. C., VI, I, pág. 180 y ss.

1. *Sobre la Comisión local de Concentración parcelaria*: El Secretario, con voz pero sin voto, es el jefe del Equipo de Trabajo de la zona del Servicio de Concentración parcelaria (ap. 4.º). La Comisión resolverá por mayoría de votos y sus acuerdos serán válidos con la asistencia del Presidente o Vicepresidente, Secretario y tres Vocales (ap. 6.º).

2. *"Investigación de los propietarios reales"*: Así se titula el apartado 13 de la Orden. Dispone lo siguiente:

"La Subcomisión de Trabajo (3) procederá a confeccionar una lista y fichero correspondiente, con la naturaleza y extensión de los derechos de los propietarios que van a beneficiarse mediante las operaciones de concentración parcelaria.

Se utilizarán para la confección de estas fichas, donde exista Catastro parcelario, los datos que figuren en la relación de características de los distintos polígonos. De no ser así, se tomará como base los datos procedentes de los levantamientos topográficos que realice el Servicio.

En el caso de que no puedan aclararse las características que definen las parcelas, se completarán con la investigación de archivos públicos o privados y consultas a aquellas personas que por su reconocida moralidad y conocimiento del lugar puedan aportar luz sobre los extremos que interesan."

3. *Normas para el caso de que existan las adquisiciones de tierras a que se refiere el artículo 6.º (4) de la Ley de Concentración parcelaria*: Estas tierras se destinarán preferentemente a los siguientes fines (5):

1) Para completar la propiedad de aquellos que no reúnan tierra suficiente para alcanzar la unidad mínima de cultivo.

2) Para la constitución de patrimonios familiares con arreglo a la Ley de 15 de julio de 1952, concediéndose éstos preferentemente a los cultivadores que aporten voluntariamente, para su adscripción al patrimonio, mayor extensión de tierra de su propiedad.

3) A la constitución de huertos familiares para los cultivadores del término que no posean tierra de su propiedad.

4) Para incrementar la propiedad de aquellos agricultores que se crea conveniente con el fin de mejorar la utilización de sus parcelas realizando la concentración del modo más perfecto posible.

5) Para cualquier otra finalidad análoga a las anteriores.

B. OBSERVACIONES: 1. El carácter "experimental" (6) con que en España se inicia la concentración parcelaria determina un casi irremediable carácter provisional—del que padece la misma Ley (7)—en toda disposición al efecto. A los pocos meses de la Orden de 16 febrero 1953 (1)

(3) Este órgano, que dependerá de la Comisión Local, es creado por la Orden que exponemos.

(4) A esto parece aludir la Orden cuando se refiere al caso de que "existan aportaciones de tierras" (ap. 18, h).

(5) Estos fines se especifican en el ap. 18, h) de la Orden; la norma no coincide exactamente con la de la Ley (compárese con artículo 6.º de la Ley).

(6) Artículo 1.º de la Ley de Concentración Parcelaria.

(7) V. su disposición adicional.

aparece esta nueva Orden que, con finalidades más amplias, la resume, y también la completa e, incluso, la modifica. Y, sin duda, no se hará esperar una nueva disposición que complete o modifique la presente, sobre todo en el punto dedicado a la "investigación de los propietarios reales" (8).

2. *La audiencia de "interesados" en el procedimiento para la delimitación de la zona a concentrar:* La Orden de 16 de febrero de 1953 imponía la previa audiencia, pero al referirla exclusivamente a los propietarios interesados, quedaban indebidamente fuera los demás interesados (9). En la nueva Orden se habla ya de "interesados", en general; e igualmente se habla de "interesados", simplemente, al determinar quiénes pueden recurrir frente a la valoración de las fincas o frente al proyecto de nueva parcelación.

3. *Los "quorum" en la Comisión local:* La Ley de Concentración parcelaria cuida especialmente la composición de esta Comisión, que "llevará a cabo" la concentración parcelaria y resolverá "todas las cuestiones que surjan con motivo de la concentración" (art. 10 de la Ley). Los problemas jurídicos que se plantean ante ella son de gravedad: calificación de títulos y de situaciones jurídicas sobre las fincas, eficacia de la concentración respecto de los interesados, consecuencias registrales de la concentración, título registral. Probablemente teniendo esto en cuenta y para dar la máxima seguridad jurídica a los interesados se regula en la Ley la constitución de la Comisión local con preponderancia de los técnicos en Derecho: hay tres miembros que no son necesariamente técnicos en Derecho (un técnico agrónomo y dos representantes de los propietarios) y otros tres que lo son (el Juez de Primera instancia, el Registrador y el Notario); uno de los miembros, técnicos en Derecho, el Juez, tendrá voto de calidad (art. 10 de la Ley).

La Orden que exponemos, sin embargo, viene a hacer posible que los acuerdos de la Comisión local se formen sin o contra el parecer de los miembros peritos en Derecho (10). Así sucede ya que establece que la Comisión pueda funcionar sin la presencia de dos de sus miembros y los acuerdos serán válidos si concurren a ellos la "mayoría de votos".

Además, con el sistema de funcionamiento que establece la Orden, la Comisión, ante los mismos problemas, puede decidir con criterios dispares, con la consiguiente desarmonía jurídica.

Parece que no era necesario facilitar la actuación de la Comisión local hasta el extremo de ir en perjuicio de la seguridad y de la armonía jurídicas, sobre todo, una vez que por la propia Orden se facilita ya, en alto grado, las tareas de la Comisión con la acertada creación de la Subcomisión de Trabajo.

4. *La "investigación de los propietarios reales":* La Orden parece que no deslinda con la debida precisión dos tareas ineludiblemente previas a la concentración parcelaria: una, la determinación de las características físicas de las fincas; otra, la determinación de la situación jurídica de cada una de ellas. Sólo partiendo de este supuesto puede tener explicación que se cite como primer medio para la confección de las fichas, en

(8) Dado el carácter de reglamentación total del expediente de concentración parcelaria que pretende tener la nueva disposición y, especialmente, por regular la actuación de la Comisión Local, la investigación de los propietarios reales y los recursos, parece que debía haber emanado, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de Concentración Parcelaria, conjuntamente de los Ministerios de Justicia y Agricultura. También conviene advertir, aunque se trate de una cuestión accesoria, que no parece útil abandonar, como lo hace la Orden, el tradicional sistema de división del texto dispositivo en artículos breves.

(9) Así se hizo notar en A. D. C., VI, II, pág. 490.

(10) También es grave permitir, como lo viene a hacer la Orden, que la Comisión pueda adoptar acuerdos sin o contra el parecer del técnico agrónomo o de los representantes de los propietarios.

que se determinan los derechos de los propietarios, los datos catastrales y que, a pesar de que el Registro de la Propiedad es la institución que tiene por fin el reflejo de la situación jurídica de las fincas, no haya una regla específica que exija la aportación de las correspondientes certificaciones del Registro de la Propiedad.

Según la Orden, las fichas se referirán "a la naturaleza y extensión de los derechos de los propietarios", pero no cabe duda de que la determinación debe alcanzar también a los demás derechos y situaciones, distintas de la propiedad, que afectan a las fincas sujetas a la concentración. La exacta determinación de la situación jurídica de las parcelas nos dará quiénes son los "interesados" en la concentración y será supuesto para las operaciones finales de concentración en las que se han de reflejar, de acuerdo con la Ley de Concentración parcelaria, el respeto a las diferentes situaciones jurídicas que existen sobre la finca.

Para la determinación de estas situaciones debe acudir a los oportunos medios de prueba y debe exigirse específicamente la aportación de las certificaciones del Registro y de los títulos de las respectivas situaciones. Aún más, dado que "la nueva ordenación de la propiedad y de los derechos resultantes de la concentración parcelaria será inexcusablemente inscrita en el Registro de la Propiedad" (art. 7.º de la Ley), debería exigirse una justificación del dominio y demás derechos de los interesados, en la que se cumpliera con un "mínimum" de garantías y, entre ellas, la de posibilitar la audiencia de interesados.

2. LIMITACIONES DEL DOMINIO: LIMITACIONES EN INTERÉS DE LA AGRICULTURA: *Se reglamentan las restricciones que imponen los artículos 67 y 68 del Estatuto del Vino respecto de las nuevas plantaciones de viñedo (Orden Agricultura 8 junio 1953; B. O. del 10) (11).*

3. LIMITACIONES DEL DOMINIO: LIMITACIONES EN INTERÉS DE LA AGRICULTURA: *Se restringen e intervienen las nuevas plantaciones de agrios y la venta de plántones (Decreto 26 junio 1953; B. O. del 6 de julio).*

A. Para efectuar estas plantaciones se requiere permiso del Ministerio de Agricultura, el cual se atenderá, para otorgarlo, a lo dispuesto en el Decreto (art. 1.º). Los viveristas sólo podrá efectuar la venta de plántones a quienes acrediten haberseles concedido la oportuna autorización, y llevarán un libro de ventas (art. 4.º).

Las infracciones se corrigen con multas de 500 a 5.000 pesetas. En las disposiciones transitorias se castiga determinada contravención, además de con la multa, con el arranque de la plantación.

B. Tendrán la exclusiva del cultivo de agrios los antiguos cultivadores y aquellos otros que estime la Administración. Responde la idea de planificar, al menos parcialmente, la agricultura (12). Tiene por antecedente el Decreto de 14 de diciembre de 1942.

(11) El Estatuto del Vino fué aprobado por Decreto de 8 septiembre 1932 y elevado al rango legal en 26 mayo 1933. Los artículos 67 y 68 del Estatuto prohíben, en principio, la expansión del cultivo del viñedo.

(12) Sigue el Decreto, pues, la política intervencionista de la Administración en la propiedad en pro de los fines comunes. Tal política guarda armonía con el nuevo sentido de la propiedad: todas las formas de propiedad quedan subordinadas al bien común (artículo 30, Fuero de los Españoles). Y ella ha de parecer acertada si se respeta el orden jerárquico de normas preestablecido (artículo 17, Fuero de los Españoles) y se lleva a cabo procurando que la Ley

4. LIMITACIONES DEL DOMINIO: LIMITACIONES EN INTERÉS DE LA RIQUEZA FORESTAL: *Se establecen nuevas restricciones a la corta en montes de propiedad particular* (Decreto de 13 mayo 1953; B. O. 2 junio).

A. EXPOSICIÓN: Para la corta en montes de propiedad particular se requiere el previo señalamiento gubernativo del arbolado que haya de apearse o de la zona o parcela autorizada para la roza o corta a matarrasa. En las especies forestales de crecimiento rápido basta la previa notificación de la corta; pero la corta puede ser prohibida, los árboles han de alcanzar el diámetro que se establece y, además, se contrae la obligación de repoblar. En uno y otro supuesto se imponen al dueño el deber de sufrir las correspondientes inspecciones de comprobación.

Las infracciones se corrigen con multa. Además procederá la incautación y venta de los productos ilícitamente cortados, "y si ello no fuere posible por haber éstos desaparecido, vendrá obligado a pagar su importe el autor o autores de la infracción" (art. 4.º, "fine").

En cuanto no se oponga al presente, queda subsistente lo dispuesto por los Decretos de 28 junio 1946 y 24 septiembre 1938.

B. OBSERVACIONES: 1. El Decreto responde a la idea del intervencionismo administrativo en la propiedad forestal privada (13).

2. Cuando los productos ilícitamente cortados hubieren desaparecido, vendrán obligados a pagar su importe el autor o autores de la infracción. Parece que el riesgo de la cosa es del infractor y con más dureza que si la cosa "procediese de delito o falta" (compárese art. 1.165 C. c.).

5. LIMITACIONES DEL DOMINIO: LIMITACIONES EN INTERÉS DE LA RIQUEZA PISCÍCOLA: *Se impone específica autorización administrativa para la instalación de industrias en determinadas aguas* (Decreto 13 mayo 1953; B. O. del 2 junio).

A. EXPOSICIÓN: El Consejo de Ministros, a propuesta del de Agricultura, determinará aquellas masas de aguas continentales en las que, por la importancia de su riqueza piscícola y demás circunstancias que en

ampare por igual el derecho de todos los españoles (artículo 1.º, Fuero de los Españoles). CASTÁN, ante el precepto del artículo 348, C. c., según el cual la propiedad tiene las limitaciones que establezcan "las leyes", opina que "hay que tomar esta palabra en un sentido amplio, comprendiendo, no sólo las leyes propiamente dichas, sino también las disposiciones reglamentarias y administrativas" (Derecho Civil Español Común y Foral, II, 1951, pág. 92). Sin embargo, esto parece significar, respecto de la propiedad, un sistema de poca seguridad jurídica. Por el contrario parece que la Administración sólo debe poder intervenir en la propiedad en cuanto *legalmente* se permite dicha intervención; así sucede con la expropiación (V. art. 32, Fuero de los Españoles). Con mayor razón deben tener rango legal aquellas disposiciones restrictivas del dominio que tienen un cierto carácter penal al castigar con multa las contravenciones (colfróntese art. 19, Fuero de los Españoles).

(13) V. nota (12) y, además, el artículo 14 de la Ley 24 mayo 1863. Sobre la intervención administrativa en los montes particulares, V. GUARTE, "Régi-men jurídico-administrativo de los montes", Madrid, 1951, págs. 193 y ss.

ellas concurren, no podrá autorizarse en las mismas o en sus márgenes la instalación de artes, industrias o aprovechamiento alguno que pueda afectar al estado físico, químico, biológico o dinámico de las aguas sin previa conformidad del órgano administrativo competente, dependiente del Ministerio de Agricultura; en caso de discrepancia de este Ministerio con otro, se requiere acuerdo del Consejo de Ministros.

B. OBSERVACIONES: El Decreto se refiere a las aguas continentales sin determinación de clase (14) y a todo tipo de autorizaciones sin limitarse a las que implican concesión. En la generalidad del supuesto de hecho radica el interés que la disposición tiene para el Derecho civil al implicar limitaciones para la propiedad privada (15).

6. LIMITACIONES DEL DOMINIO: LIMITACIONES EN DEFENSA DEL TESORO ARTÍSTICO: DERECHO DE ADQUISICIÓN EN FAVOR DEL ESTADO: *El Estado tiene el derecho de tanteo en las transmisiones de antigüedades u objetos de arte de precio superior a 50,000 pesetas (art. 2.º) y en toda venta pública, subasta o liquidación de objetos de arte ambiguo (art. 11). También tiene un derecho de adquisición en el caso de que se solicite la exportación de aquellos objetos (art. 10).*

OTRAS LIMITACIONES: *Se reglamenta la exigencia de notificación para la transmisión de esos objetos y la de permiso para su exportación; los comerciantes del ramo tienen la obligación de llevar un libro-registro de sus ventas y adquisiciones.*

LOS OBJETOS PROPIEDAD DE LA IGLESIA: *El Estado procederá de acuerdo con la Autoridad eclesiástica competente (art. 24) (16) (Decreto 12 junio 1953; B. O. del 2 de julio).*

A. EXPOSICIÓN: "Se entenderán por antigüedades y objetos de arte a los fines de este Decreto los comprendidos en el inventario del Tesoro Artístico o que deban incluirse en el mismo según las disposiciones jurídicas vigentes" (art. 1.º, II). En principio, "las antigüedades y objetos de arte podrán libremente ser objeto de venta, donación o permuta" (artículo 1.º) (16 bis). La limitación más importante está en el "tanteo" (17) concedido al Estado; exponemos a continuación las normas fundamentales del régimen que, para el mismo, establece este Decreto:

(14) Las aguas continentales pueden ser públicas o privadas (V. *ad exemplum*, arts. 1.º, 2.º y 3.º de la Ley de Pesca Fluvial de 20 febrero 1942, y art. 1.º del Reglamento de 6 de abril de 1943).

(15) V. nota (12) y artículo 3.º de la Ley de Pesca Fluvial de 20 febrero 1942; esta Ley establece limitaciones a la propiedad que sobre los peces tiene el dueño de las aguas privadas.

(16) La materia se prevé en el Concordato de 27 de agosto de 1953, aún no ratificado.

(16 bis) Parece que ha de entenderse que esta enumeración de títulos de transmisión es meramente ejemplar.

(17) El Decreto denomina "tanteo" incluso al derecho de adquisición que concede al Estado en el caso de que se solicite la exportación de los objetos.

1. *Sujeto del derecho de tanteo*: Lo es el Estado (arts. 2.º, 10, 11). "El Ministerio de Educación Nacional podrá ceder los derechos de tanteo en favor de Museos Nacionales, Provinciales o de Fundaciones de interés público; pero en tal caso el pago de la obra adquirida correrá a cargo de estas Instituciones" (art. 13).

2. *Supuestos en que se da del derecho de tanteo*:

1.º "En las transmisiones de (los objetos predichos), de precio superior a 50.000 pesetas" (18) (art. 2.º).

2.º En toda venta pública, subasta (19) o liquidación de objetos de arte antiguo (art. 11).

3.º Cuando sea solicitada la exportación de aquellos objetos (20), mediante el pago del valor declarado o justipreciado (art. 10); se hace excepción, en esta limitación, de los objetos importados, durante los diez años siguientes a la importación, siempre que esta importación haya sido debidamente registrada (art. 15).

3. *Condiciones de ejercicio*:

a) *Plazo de ejercicio*: Dura treinta días (21). En el primer supuesto se cuentan los días "desde la fecha de la notificación por los vendedores o cedentes" (art. 2.º) (22). En el segundo supuesto no se señala específicamente el día inicial (23). En el supuesto de la exportación, se cuentan "desde la fecha de solicitud de la licencia de exportación" (art. 10).

b) *Situación de los bienes mientras el plazo no se cumple*: El De-

(18) Surge problema sobre el tipo de transmisiones en que se da el derecho de tanteo. De lo establecido en el artículo 2.º en relación con lo establecido en el artículo 1.º, parece desprenderse que se da no sólo en el caso de venta, sino también en el de permuta o donación. Consecuente con esto, el propio artículo 2.º se refiere, al regular el plazo del tanteo a la notificación de "vendedores o cedentes". Aunque el artículo 2.º habla de transmisiones "de objetos de precio" superior a 50.000 pesetas, de la lectura de este artículo y, sobre todo, de la del anterior parece resultar que la palabra *precio* se emplea en sentido objetivo del valor y no en el de contraprestación específica del comprador. ¿Será, además, posible el tanteo en las transmisiones "inter vivos", que tienen otra causa que la venta, donación o permuta?

(19) Toda venta que se celebra por medio de subasta es venta pública; en este sentido CASTÁN, *ob. cit.*, III, 1951, pág. 15. Por tanto, en los términos enunciados repite el Decreto un mismo concepto.

(20) Aquí se concede al Estado el derecho de adquisición con independencia de que concorra o no, con la exportación, una transmisión.

(21) El artículo 2.º, con relación al primer supuesto de los considerandos, establece el plazo de un mes. Teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 7.º C. c., se trata, sin duda alguna, del mismo plazo de treinta días.

(22) Los vendedores o cedentes deben "dar cuenta de la operación proyectada a la Dirección General de Bellas Artes, por escrito y con una antelación mínima de quince días" (art. 1.º). Parece, pues, que pasados los quince días, a pesar de que hasta que transcurran los treinta está pendiente el tanteo, la operación proyectada puede concluirse; el caso no ha sido especialmente considerado, a pesar de que los efectos del tanteo tienen entonces una mayor complejidad.

(23) Habrá de entenderse que la operación de que se trate habrá de ponerse, como cualquier otra (art. 1.º), en conocimiento de la Dirección General de Bellas Artes y que desde ese día se cuenta el plazo.

creto sólo considera, a estos efectos, el supuesto de la exportación: "El objeto quedará bajo la custodia del Ministerio en lugar designado por la Comisión (de Valoración y Exportaciones), debiendo serlo preferentemente algún Museo del Estado, Banco u otro establecimiento público (?), o bien en poder de sus mismos propietarios o poseedores, si éstos ofrecen garantías bastantes o depositan la fianza que se determine" (art. 10, III). En general, la exportación ilícita puede castigarse con incautación de los objetos y multa (art. 16). Si los objetos ilícitamente exportados son devueltos, el vendedor perderá lo exportado, que pasará a ser propiedad del Estado, y debe reembolsar al comprador; "si el vendedor-exportador no reintegra al comprador el precio de la venta, en un plazo de tres meses, el Estado lo hará, y procederá contra el vendedor por vía de apremio" (artículo 20) (24).

En cuanto a las transmisiones que, sin la exigida notificación, se hacen dentro del territorio nacional, el artículo 4.º establece que responderán solidariamente los transmitentes e intermediarios, castigándose la contravención con multa.

c) *Abono del importe por el Estado*: "Deberá abonarse el importe de la obra dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha en que lo hubiera ejercido" (art. 12). "Cuando no existan recursos suficientes, el Ministerio de Educación Nacional propondrá la consignación en los inmediatos presupuesto del Estado de las cantidades necesarias para aquellos pagos, bien en su totalidad, bien en los plazos que con los propietarios de los objetos se convengan. Ante circunstancias excepcionales, el Gobierno podrá arbitrar medios especiales de pago, como la constitución de rentas vitalicias y otros análogos, de acuerdo con los interesados" (artículo 14).

B. OBSERVACIONES: 1. El precedente fundamental de esta disposición, aunque no es citado en su preámbulo, está constituido por el título III de la Ley de 13 mayo 1933, que trata de "los objetos muebles que forman parte del patrimonio histórico-artístico. En la disposición comentada, que sólo tiene la categoría de Decreto, se reiteran o desarrollan las reglas establecidas en la citada Ley, pero, a veces, se varían, como sucede en cuanto a la transmisibilidad de estos objetos.

2. No puede satisfacer la regulación que se hace del derecho de tanteo que se concede. Muchas veces resulta forzada la denominación de "tanteo" para el derecho que se establece en favor del Estado. Así sucede en el caso de transmisiones que no sean a título oneroso; en el supuesto de que, aunque lo sean, la transmisión se haya llevado a cabo legalmente, es decir, después de los quince días siguientes a la notificación; en el supuesto de exportación, en el cual, para atribuir al Estado un derecho de adquisición, no se requiere que se proyecte transmisión alguna.

La exposición del régimen jurídico es poco sistemática. El régimen del tanteo viene mezclado con normas que no se refieren al mismo, como, por ejemplo, sobre Libro-Registro de comerciantes, pago del tanto por exportación.

En algunos aspectos el régimen resulta incierto o poco seguro. ¿Respecto de qué transmisiones es posible el tanteo? ¿Cómo se determina el importe de los objetos en las transmisiones distintas de la venta? ¿Qué

(24) Parece que estas normas obligan con indiferencia respecto a cuál sea la nación del propietario (confr. art. 10, I, C. c.).

eficacia tiene el derecho de tanteo respecto de los objetos que, sin previa notificación o antes de que transcurra el plazo del tanteo, son transmitidos a terceros? ¿Es posible el retracto? (25).

Y si, en efecto, se admite el derecho de tanteo respecto de todo tipo de transmisión—habrá que entender “inter vivos”—, el sistema puede resultar poco justificado; así, probablemente y a título de ejemplo, sucederá en el caso de donación a herederos forzosos o en el de donación por razón de matrimonio.

III. Derecho de obligaciones.

I. LIMITACIONES LEGALES DE LA RESPONSABILIDAD: PRIVILEGIO MILITAR: *Es posible, conforme a determinadas reglas, el embargo de los haberes personales de los militares por razón “de obligaciones no derivadas del contrato”; así se consigna en la nueva redacción del artículo 709 del Código de Justicia Militar (Ley de 17 julio 1963; B. O. del 18).*

A. EXPOSICIÓN: Con arreglo al Código de Justicia Militar, no podrán “ser objeto de embargo los haberes personales de los militares para hacer efectivas responsabilidades procedentes de contratos celebrados con particulares o de las costas producidas para su reclamación” (art. 709, II). En cambio, era posible el embargo “por causa de delincuencia o culpa penal o civil” (art. 709, I, redacción antigua). Quedaban fuera de las previsiones específicas del Código las obligaciones que tenían una fuente distinta del acto ilícito o del contrato. Tras la nueva redacción del artículo 709, es posible el embargo de haberes, conforme a determinadas reglas, “por causa de delincuencia o de obligaciones no derivadas de contrato” (párrafo I).

B. OBSERVACIONES: 1. Es acertado admitir la embargabilidad de los haberes de los militares por razón de obligaciones no contractuales. No existía razón para ampliar el privilegio de inembargabilidad establecido por el artículo 709, II, del Código de Justicia Militar.

Aún pueden plantearse dudas respecto a si determinadas obligaciones dan o no lugar al embargo de haberes. La delimitación de las obligaciones, que dan o no lugar a dicho embargo, en base al contrato, sufre de la misma vaguedad que el concepto mismo de contrato. De otra parte presentarán cuestión las obligaciones no contractuales confirmadas contractualmente o que hayan sido objeto de transacción, y las que sean consecuencia de la anulación o rescisión de un contrato. Estas dudas han de resolverse, en general, en pro de la embargabilidad, de acuerdo con los principios que presiden la interpretación de las normas excepcionales; debe exigirse que la obligación, para que sea de las que no dan lugar al embargo de haberes, provenga de un contrato en sentido estricto que sea eficaz (26).

(25) En caso de adquisición de buena fe, tendría aplicación el artículo 464 en cuanto al efecto liberador de cargas, que quizá tiene este precepto; sobre ese efecto liberador, véase “Notas sobre las adquisiciones a non domino del usufructo y uso sobre muebles y de la renta” R. C. de D. I., 1952, pág. 735, nota (5).

(26) Son embargables los haberes de un militar por la pensión prometida a la concubina, a la que, en razón a las circunstancias del caso, estaba obligado moralmente a asistir económicamente; así se resuelve en un recurso de agravios, de conformidad con el Consejo de Estado (Orden. Presidencia del Gobierno 20 julio 1953. B. O. del 16 septiembre).

2. Quizá debió haberse aprovechado la ocasión para corregir el artículo 709 de ciertos defectos (27). O, incluso, para prescindir de un privilegio—la inembargabilidad de los haberes por obligaciones contractuales—que puede utilizarse para faltar a la palabra dada (28) y que, sobre todo, tras la nueva reforma, es incongruente con lo que se establece respecto de otras obligaciones de los militares (29).

DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: *Se establece el régimen jurídico de estas Sociedades* (Ley de 17 julio 1953; B. O. del 19).

A. EXPOSICIÓN: Consta la Ley de 32 artículos, cuatro disposiciones transitorias y tres disposiciones finales. Daremos idea sintética de sus normas fundamentales:

1. Naturaleza:

a) *Carácter mercantil*: La Sociedad tendrá carácter mercantil, "cualquiera que sea su objeto" (art. 3.º, II) (80).

b) *Significación del capital: la responsabilidad*: La Sociedad "tendrá un capital determinado, dividido en participaciones" (art. 1.º); en principio, la voluntad de los socios que representen "más de la mitad del capital asocial" regirá la vida de la Sociedad (art. 14); "los socios tendrán derecho a los beneficios repartibles en la proporción correspondiente a sus respectivas participaciones sociales" (art. 29). Los socios "no responderán personalmente de las deudas sociales" (art. 1.º, II).

c) *Tipo autónomo*: La Sociedad "quedará sometida a los preceptos de esta Ley y, subsidiariamente, a las disposiciones del Código de Comercio, comunes a toda clase de Sociedades" (art. 3.º, II).

2. Normas sobre el régimen Jurídico aplicable:

a) *Rango legislativo de toda la materia, en principio*: Esto se desprende del carácter legal de la disposición y, además, por exclusión, de esta doble autorización: 1.ª "Se autoriza al Gobierno para dictar las disposicio-

(27) ¿Son también inembargables por obligaciones contractuales los haberes a que los militares tengan derecho y que no sean devengados directamente por razón de la profesión militar? Aunque parece que hay que contestar negativamente, no resulta ello muy claro del artículo 709. Indica poco rigor técnico hablar, como lo hace el párrafo III del artículo 709, de que "el Ministerio Fiscal representará... a la (jurisdicción) militar".

(28) En perjuicio injustificado de los responsables subsidiarios y, quizá, amparando un enriquecimiento injusto.

(29) ¿Por qué amparar menos la efectividad de la cuenta del sastre, el sueldo de la criada o el importe del alquiler que a determinadas obligaciones, por ejemplo, derivadas de la gestión de negocios ajenos o dimanantes de responsabilidad por riesgo?

(30) En cuanto a estas sociedades se sigue un criterio distinto que el establecido por el artículo 1.670, C.c. Sigue el mismo criterio que el artículo 3.º de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, L. S. A.).

nes que estime pertinentes a fin de liberar (81) a las Sociedades de responsabilidad limitada del régimen de autorización y notificación administrativa en los actos de constitución, ampliación, absorción, fusión y disolución" (disposición final 2.ª) (82). 2.ª Queda "autorizado el Gobierno, a propuesta del ministro de Justicia, o éste, en su caso, para dictar las (disposiciones) que se estimen precisas para su debida ejecución y cumplimiento" (disposición final 3.ª).

b) *Régimen vigente*: "Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a los preceptos de esta Ley" (disposición final 3.ª). Se aplicarán: 1.ª Si se trata de Sociedades limitadas, que se rigen por disposiciones especiales, estas disposiciones (disposición final 1.ª). 2.ª Los preceptos de esta Ley (art. 3.º, II, y disposición final 1.ª). 3.ª "Las disposiciones del Código de Comercio, comunes a toda clase de Sociedades" (art. 3.º, II, y disposición final 1.ª) (33).

c) *Situaciones transitorias*: Las disposiciones transitorias "son fundamentalmente reflejo de las contenidas en la Ley sobre Régimen jurídico de las Sociedades Anónimas" (E. de M., VIII). La disposición transitoria 1.ª contiene las mismas normas que la 1.ª de la L. S. A. La 2.ª, las mismas que la 20, y la 3.ª las mismas normas que la 21, e incluso es aplicable (disposición transitoria 4.ª) el Decreto de 29 febrero 1962, con excepción de los artículos 1.º y 6.º; en la disposición transitoria 3.ª, *in fine*, se dispone, además, que "el socio o socios minoritarios que no se mostrasen conformes con la modificación del pacto social previsto en los párrafos anteriores, tendrá derecho a su separación de la Sociedad, reconociéndosele el haber líquido que les corresponda según las normas de valoración del artículo 20 de esta Ley".

3. Constitución:

a) *Sujetos*: "La escritura de constitución deberá ser otorgada por todos los socios, por sí o por medio de apoderado" (84) (art. 7.º, inciso 1.º). "Los socios no excederán (35) de cincuenta" (art. 1.º, II); las participaciones en el capital social, que "no podrá ser superior a cinco millones de pesetas" (art. 3.º) serán "iguales, acumulables e indivisibles" (artículo 1.º, I).

(31) El Gobierno no podrá hacer que el régimen sea más riguroso o imponerlo en casos distintos.

(32) Luego se ha de entender que la nueva ley no deroga estas disposiciones.

(33) Esta referencia exclusiva a las "disposiciones del Código de Comercio comunes a toda clase de sociedades", hay que entenderla comprendiendo incluso las disposiciones relativas a las fuentes del Derecho mercantil y haciendo posible, por tanto, la aplicación, en su caso, de disposiciones que no están precisamente en el Código de Comercio. Véase, además, el artículo 16 C. c.

(34) Parece que, a pesar del texto, ha de entenderse "por sí o por medio de representante", que puede ser legal o voluntario.

(35) La limitación parece afectar a los socios, no al número de participaciones sociales. Parece, pues, que, indirectamente, de este precepto surge una prohibición de transmitir las participaciones sociales cuando por la transmisión se rebasa la cifra máxima de socios. *Quid* del caso de legado o partición hecha por el testador. ¿Podría admitirse la transmisión por cualquier título mediante constitución de proindivisión sobre el grupo de participaciones que impusiese la cifra máxima de socios?

b) *Objeto*: "No podrá tener por objeto la representación de intereses colectivos, profesionales o económicos atribuidos a otras Entidades por la Ley con carácter exclusivo" (art. 4.º) (36).

c) *Forma*: "La Sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, y desde ese momento tendrá personalidad jurídica" (art. 5.º) (37). Además, el capital social "desde su origen habrá de estar totalmente desembolsado" (art. 3.º) (38).

a') El artículo 7.º señala el contenido de la escritura (39). "No se podrá adoptar una denominación o razón social (40) idéntica a la de otra Sociedad preexistente, sea o no limitada" (art. 2.º, II) (41). El capital social "se expresará precisamente" en pesetas (art. 3.º). "La Sociedad de nacionalidad española tendrá necesariamente su domicilio en territorio español" (art. 4.º, I).

b') Respecto a la situación jurídica existente cuando la Sociedad aún no se ha inscrito, el artículo 6.º reproduce las normas recogidas en el artículo 7.º de la L. S. A.

c') "El capital estará integrado por las aportaciones de los socios" (artículo 3.º); en el artículo 8.º se recogen las normas del artículo 31 de la L. S. A. "En caso de aportaciones no dinerarias, los socios responderán solidariamente, frente a la Sociedad y frente a tercero, de la realidad de las aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura" (artículo 9.º).

"En la escritura fundacional podrán establecerse con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su modalidad y, en su caso, la compensación que con cargo a beneficios hayan de recibir los socios que las realicen. Estas prestaciones no podrán integrar el capital de la Sociedad" (art. 10) (42).

4. Organos de la Sociedad:

a) *Acuerdos sociales*: "La voluntad de los socios, expresada por mayoría, regirá la vida de la Sociedad" (art. 14).

a') *La mayoría*: "Salvo disposición contraria de la escritura, se entenderá que hay mayoría cuando vote a favor del acuerdo un número de socios que represente más de la mitad del capital social" (art. 14). "Para aumentar o reducir el capital social, prorrogar la duración de la Socie-

(36) Coincide con el art. 3.º, II, L. S. A.

(37) Sigue la doctrina de los artículos 116, II, y 119 C. de c.

(38) Este mismo criterio era seguido ya, al parecer, por el T. S. y por la D. G. R. N. (S. 4 febrero 1929; R. 11 agosto 1943).

(39) No se distingue entre escritura de constitución y estatutos.

(40) Se admite expresamente la denominación objetiva (véase también artículo 2.º, II). Este era ya el criterio de la D. G. R. N. (ejemplo, R. 3 junio 1948).

(41) Precepto similar para las anónimas se recoge en art. 2.º, II, L. S. A.; pero en éste no se expresa precisión correspondiente a "sea o no limitada". En congruencia con el nuevo precepto, debería organizarse un Registro de nombres de todas las sociedades.

(42) Sobre prestaciones accesorias, véanse LÓPEZ y GONZÁLEZ: *Significado y régimen jurídico de la Sociedad de responsabilidad limitada*, A. D. C., V, II, 648 y sigs.

dad, acordar la fusión o transformación de la misma, su disolución o modificar en cualquier forma la escritura social, será necesario que voten en favor del acuerdo un número de socios que representen, al menos, la mayoría de ellos y las dos terceras partes del capital social" (art. 17, I) (43).

b) *La forma de expresión*: "Cuando el número de socios exceda de quince, o cuando así lo exija la escritura, la mayoría habrá de formarse necesariamente en Junta general. En otro caso, el acuerdo social podrá adoptarse por correspondencia postal o telegráfica o por cualquier otro medio que garantice, con arreglo a la Ley o a la escritura, la autenticidad de la voluntad declarada" (art. 14) (44).

Se regula la forma de convocatoria, que es obligatoria "cuando lo solicite un número de socios que represente, al menos, la cuarta parte del capital social" (art. 15, I); "la Junta quedará válidamente constituida, sin necesidad de previa convocatoria, si encontrándose reunidos todos los socios decidieran celebrarla" (art. 15, II). Si no lo prohíbe la escritura, se admite la asistencia por representación: no puede conferirse la representación a persona jurídica o a sus representantes en la Junta; ha de conferirse "por escrito y con carácter especial para cada Junta" (art. 16).

b) *Los administradores*: "La administración de la Sociedad se encomendará a una o más personas, socios o no" (art. 11) (45). "Los administradores podrán ser separados de su cargo por acuerdo de los socios que representen la mayoría del capital social, excepto cuando hayan sido nombrados en la escritura fundacional, en cuyo caso se observará lo dispuesto en el artículo 17" (este artículo es el que da reglas sobre modificación de la escritura social) (art. 12, I). La acción "de responsabilidad (de la Sociedad) contra los administradores exige el previo acuerdo de los socios que representen la mayoría del capital social" (art. 13, I); si la responsabilidad (frente a la Sociedad, los socios o los acreedores) se extendiese a dos o más administradores, éstos responderán solidariamente" (artículo 13, III) (46).

5. *Las participaciones sociales*: Las participaciones "no podrán incorporarse a títulos ni denominarse acciones" (art. 1.º, I).

(43) Cuando la Ley habla de *acuerdo de socios* que representen mayoría de capital, ¿puede equivaler a él la decisión de un solo socio que tenga tal mayoría?

(44) El artículo 17, al hablar de "segunda convocatoria", parece presuponer —aunque es muy dudoso— que para los acuerdos sociales de especial trascendencia a que se refiere el mismo artículo la voluntad de los socios deberá manifestarse siempre en Junta general previamente convocada, al menos para que basten las dos terceras partes del capital.

(45) En el propio artículo se recoge el contenido predeterminado del ámbito de su representación de modo análogo, aunque más expresivo, que en el artículo 76 L. S. A., trayendo aquí un principio ya apuntado en el Código de comercio (arts. 283 y 286). En el artículo 11, II, se recoge lo dispuesto por el artículo 72, II, L. S. A. En el artículo 12, II, se enuncia la prohibición de comerciar "por cuenta propia ni ajena" en el mismo género de comercio que constituye el objeto de la Sociedad. Sobre sus obligaciones, respecto a la contabilidad, véase artículo 28 y ss.; el artículo 28 se dedica a las reglas sobre valoración de los elementos del activo, reproduciendo casi íntegramente el artículo 104, L. S. A.

(46) Se responde "por dolo, abuso de facultades, negligencia grave o incumplimiento de la ley o de la escritura fundacional" (art. 13).

a) *Transmisibilidad*: En principio se admite la transmisibilidad de las participaciones. Incluso es posible, sobre ellas, la proindivisión, el usufructo o la prenda, estableciéndose, para estos supuestos, normas análogas a las contenidas, respectivamente, en los artículos 40, 41, I, y 42, inciso 1.º, L. S. A. Se establecen, sin embargo, determinadas restricciones y formas para la transmisibilidad.

a') *Transmisión "inter vivos"*: "Serán nulas las transmisiones a persona extraña a la Sociedad que no se ajusten a lo establecido en la escritura social o, en su defecto, a lo prevenido en este artículo" (artículo 20, IV) (47). Se establece en favor, primero, de los socios y, después, de la Sociedad un derecho de adquisición preferente por el justiprecio pericial (art. 20) (48); la escritura de constitución "podrá establecer otros puntos y condiciones para la transmisión, "pero en ningún caso será válido el pacto que prohíbe totalmente las transmisiones" (art. 20, III). La transmisión o la constitución de prenda deben constar "en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil" (arts. 20 y 25) (49).

b') *Transmisión "mortis causae"*: En la escritura social podrá establecerse un derecho de adquisición de los socios sobrevivientes con preferencia sobre los sucesores del socio causante (art. 21).

c') *Comunicación de la adquisición a la Sociedad*: Si no se hace del modo establecido, "no podrá el socio pretender el ejercicio de los derechos que le correspondan en la Sociedad" (art. 22).

b) *Derechos de los socios*: Además de los ya enunciados, la Ley se refiere expresamente al derecho a los beneficios, al de preferencia sobre nuevas participaciones y al de información.

a') "Los socios tendrán derecho a los beneficios repartibles en la proporción correspondiente a sus respectivas participaciones sociales. Será nulo todo pacto en contrario, salvo lo dispuesto en el artículo 10" (artículo 29).

b') "Salvo disposición en contra de la escritura social, en el aumento de capital de cada socio tendrá derecho a asumir una parte proporcional a su participación social" (art. 18, I).

c') "En la época y durante el plazo que señale la escritura social, los socios tendrán derecho a examinar las cuentas y el balance de cada ejercicio" (art. 27)

6. *Modificación de la escritura social*: Además de los, ya dichos, requisitos de la mayoría, se establece que "la modificación constará en escritura pública que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil" (ar-

(47) Parece, por tanto, que si la obligación de notificar previamente la transmisión que impone el artículo 20 se incumple, habrá lugar a la nulidad de la transmisión, pero no al retracto.

(48) Sobre la naturaleza de esta intervención pericial, véase COSTA: *El juicio pericial*. Madrid, 1904.

(49) Existen algunas dudas respecto a cuándo se exige escritura pública: ¿Se requiere escritura pública cuando se transmite la participación a otro socio? (compárese los párrafos cuarto, que habla de *persona extraña*, y quinto del artículo 20) ¿Se requiere escritura pública para la constitución "inter vivos" de usufructo o de cualquier otro derecho o situación distinta de la prenda?

título 17, II). En cuanto a la reducción del capital social, en el artículo 19 se recoge norma análoga, si bien simplificada, a la contenida en el artículo 98 L. S. A.; la devolución del capital habrá de hacerse "a prorrata de las respectivas participaciones sociales, salvo que, por unanimidad, se acuerde otro sistema" (art. 19, III).

7. *Disolución y exclusión de socios*: En el artículo 30 se vienen a recoger las causas de *disolución* previstas en el artículo 150, L. S. A., para las anónimas. En cuanto a la *exclusión*, se expresan como causas los motivos previstos en los números 1.º, 2.º y 7.º del artículo 218 C. de C., y el que el socio administrador infrinja la prohibición específica de comerciar; rige el artículo 219, C. de C.; la exclusión debe constar en instrumento público y ser inscrito en el Registro Mercantil (art. 31).

B. OBSERVACIONES: 1 Viene a regular esta Ley un tipo de Sociedad, la llamada de responsabilidad limitada, carente en nuestro Código de Comercio de normas específicas. Se trata de una Ley hecha por juristas; de ahí su alto valor técnico, en contraste con la generalidad de las disposiciones. Sigue el criterio de legislar mediante leyes especiales, el cual es de una acertada prudencia legislativa; pero este sistema de legislar sólo por un especial cuidado de los redactores no se resentirá de desarmonía, e inevitablemente incurrirá en repeticiones con la consiguiente profusión legislativa. Hemos visto cómo muchas normas son las mismas que se recogen en la Ley de Anónimas; otras corresponden a una parte general de Sociedades mercantiles (ej., arts. 5.º y 6.º) o a otros lugares del Código de Comercio (ej., art. 11, I, inciso 1.º, y II); otras tienen un simple valor de engarce con otros cuerpos legales (ej., art. 32), de las cuales se prescindiría en un cuerpo unitario. El ideal para el futuro es la refundición de las disposiciones dispersas, contrastadas con la práctica, en un texto único y orgánico.

2. Se configura la Sociedad de responsabilidad limitada como un "tipo nuevo y autónomo" (E. de M., II), con régimen propio, sin que ni subsidiariamente tengan aplicación directa las normas de las Sociedades personalistas o las de las capitalistas. Dejando esto sentado, parece que puede afirmarse una cierta mayor similitud con la Sociedad Anónima. Las participaciones son transmisibles, la responsabilidad por las deudas sociales es exclusivamente social, el capital tiene una significación análoga, las causas de *disolución total* (50) son las mismas. El régimen de las Sociedades limitadas es, en principio, "más flexible" (E. de M. de L. S. A. y de la Ley comentada); pero es más riguroso en algún extremo (limitación del número de socios y del capital, restricciones naturales a la transmisibilidad de las participaciones sociales, obligación de desembolso total).

3. Terminando con posibles dudas (51) se facilita un nuevo tipo de Sociedades de responsabilidad limitada o, mejor dicho, en que los socios no responden por las deudas sociales. Sin embargo, el principio de limitación "resulta por completo injustificado e injusto cuando el control efectivo está en manos de una sola persona" (52), lo que, sin duda, pue-

(50) La regulación de la *exclusión* le da, en cambio, un matiz personalista.

(51) A pesar de que la sociedad de responsabilidad limitada vivía en la práctica con tal carácter, se sostuvo que tal limitación era contraria a los fundamentos y principios del Derecho Español; así, LÓPEZ Y GONZÁLEZ, *loc. cit.*, página 607 y ss.

(52) DE CASTRO: *Crisis de la Sociedad Anónima*. "Rta. Estudios Políticos", número 49, pág. 96. En general, sobre el principio de limitación de responsabilidad de los socios, v. este trabajo, pág. 51 y ss.

de ocurrir en la Sociedad de responsabilidad limitada. La Sociedad limitada servirá de instrumento, "más flexible" que la "Sociedad anónima", para conseguir, en el fondo, la limitación de la responsabilidad personal por ciertas deudas propias. La lógica immanente del sistema exige —contra toda justicia, sin embargo— que se facilite la limitación de responsabilidad a cualquier persona, sin necesidad de que se constituya en Sociedad (53).

DEREHO PROCESAL

1. LA EJECUCIÓN PROCESAL: BIENES EXCLUIDOS: Ley de 17 julio 1953 (D. c., III, 1).

2. PROCESOS DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: COMPETENCIA: *En los procesos sobre cuestiones que surgen sobre la legislación especial de arrendamientos rústicos se determina la competencia con arreglo a las reglas siguientes:*

a) *Regla ordinaria: Si la cuantía no es superior a 5.000 pesetas, corresponde al Juzgado Municipal o Comarcal. Si lo es, al Juzgado de Primera Instancia.*

b) *Regla especial: En los juicios de desahucio y en los especiales o declarativos sobre vencimiento de plazo, resolución o rescisión del contrato rige la regla siguiente: Si la cuantía no es superior a 2.500 pesetas es competente el Juzgado Municipal o Comarcal. Si lo es, el de Primera Instancia (arts. 1.º y 2.º).*

APELACIÓN: COMPETENCIA: *En aquellos procesos, cuando es competente el Juzgado Municipal o Comarcal, se concede apelación al Juzgado de Primera Instancia; cuando es competente el Juzgado de Primera Instancia, se concede apelación ante la Audiencia Territorial (arts. 1.º y 2.º). FIRMES: Las resoluciones que dicten en apelación los Juzgados de Primera Instancia no serán susceptibles de recurso alguno (art. 3.º). Contra los que dicten las Audiencias será posible el recurso de revisión ante la Sala 5.º del T. S., con arreglo a las siguientes condiciones: 1.º Que el pleito sea de los comprendidos en cualquiera de las tres normas de la Disposición transitoria 3.ª, A), de la Ley 28 junio 1940. 2.º Que la cuantía no sea inferior a 20.000 pesetas. 3.º Que el recurso se funde en alguna de las causas que dicho precepto enumera. 4.º Que se prepare e interponga en la forma y plazos en el mismo señalados (art. 4.º).*

RECURSO EN INTERÉS DE LA LEY: *Se concede el recurso que previene el art. 1.782 LEC, al solo objeto de formar jurisprudencia. Puede interponerlo el Ministerio Fiscal, de oficio o a solicitud de la Organización Sindical; se antoja ante la Sala 5.º del T. S. Se da contra las sentencias dictadas en apelación, cuando no sean susceptibles de recurso de revisión y se refieran a arrendamientos protegidos; procederá por las causas 1.ª y 3.ª de la regla 7.ª del apartado a) de la Disposición transitoria 3.ª de la Ley 28 junio 1940 (Ley 17 julio 1953; B. O. del 18) (54).*

(53) En este sentido, LÓPEZ Y GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pág. 630.

(54) Contiene la disposición otras normas sobre el régimen de este recurso y otras, generales, de menor interés.

3. DERECHO PROCESAL LABORAL: *Se modifica la base económica de los arts. 2.º (55), 13, 15 y 21 de la Ley de 22 diciembre 1949. Se excluye del recurso de casación por infracción de ley las cuestiones de competencia por razón de la materia, cuando sobre el fondo del asunto no corresponde el recurso de casación (Ley 17 julio 1953; B. O. del 18).*

Conforme a la nueva Ley procede, además, el recurso de casación contra las sentencias dictadas por la Magistratura de Trabajo en el procedimiento especial de despido de productores que sean enlaces sindicales o desempeñen cargos sindicales (nueva redacción del art. 15). Se suprime la regla 3.ª sobre determinación de la cuantía litigiosa del art. 23 de la citada Ley 22 diciembre 1949.

OTRAS DISPOSICIONES

1. IMPUESTO DE DERECHOS REALES: EXENCIÓN: *Están exentas las transmisiones de buques a título de venta en divisas en favor de personas extranjeras, si se acredita que en la nación respectiva no existe impuesto equivalente o que, en caso de existir, se prevea la no sujeción a la oportuna exención a favor de los españoles adquirentes (Ley 17 julio 1953, B. O. del 19).*

(55) Al que, además, se agrega un nuevo párrafo.

II. NOTAS CRÍTICAS

La recepción de la hipoteca por el Derecho Procesal (1)

Francisco LUCES GIL

Hace algún tiempo que la doctrina procesalista y los mismos hipotecaristas (1 bis) vienen poniendo de relieve la analogía de dos instituciones que pertenecen a sus respectivos dominios: el embargo y la hipoteca. Las mismas expresiones de «*autoembargo o embargo privado*», utilizadas para designar a la hipoteca, y la de «*hipoteca judicial*», empleada para calificar el embargo, destacan el parentesco funcional de ambas instituciones; pero no puede dársele otro valor que el estrictamente metafórico (2). Muy distinta es la tesis sostenida por el profesor Fenech, quien llega a afirmar de una manera resuelta y absoluta, que la hipoteca ha dejado de pertenecer al derecho privado, de ser un derecho real, para convertirse en una institución de carácter netamente procesal, esencialmente idéntica al embargo, y cuyo estudio corresponde de una manera exclusiva a este sector del ordenamiento jurídico. A mi modo de ver, las conclusiones a que llega el ilustre procesalista son inexactas, y voy a tratar de descubrir los fallos de su razonamiento.

Comienza afirmando el conferenciante que la hipoteca, después de una milenaria evolución de su contenido (de derecho real pleno, se transformó en derecho real de goce; luego, en derecho real de garantía; y, por último, en derecho real de realización de un valor), ha alcanzado hoy la plenitud de su desarrollo, transmutando su naturaleza de derecho real en institución de derecho público. Dentro del derecho procesal—dice—el marco adecuado para el estu-

(1) FENECH NAVARRO, Miguel: *Recepción de la hipoteca en el derecho procesal*. «Publicaciones del Instituto Español de Derecho Procesal». (Discurso de apertura del curso 1962-1963.)

(1 bis) CARNELUTTI: *Processo di esecuzione*, I, 391 ss. 1929 y *Natura jurídica dell'ipoteca*. «Riv. Dir. proc. civ. 1939»; PUGLIATTI: *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, 213 ss. y 204 ss. 1935; NATTA: *L'esecuzione forzata*, 41 ss., 51 ss., 361 ss., 1937; LIEBMAN: *Titolo esecutivo*, 146 ss.; DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil español*, II, 82, 1945; PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, II, 475 ss. y 530 ss., 1949; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, IV, 19 ss.; RERA: *Efecto real absoluto de las anotaciones de embargo*, R. Cr. D. I., núm. 235, 1947; RAMOS FOLGUES: *Defensa de la naturaleza real de la hipoteca*, R. Cr. D. I., núm. 258, 1949; CÁMARA: *Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real*, R. D. Priv., núm. 386, 1949; IGNACIO NAR* *Proyecciones registrales de la responsabilidad* («Fundamentos y clasificación de las anotaciones preventivas»). R. D. Priv. núm. 424-425, 1962.

(2) Muy exactamente dice IGNACIO NAR* (op. cit., pág. 575): «El cumplimiento de una prestación dineraria puede asegurarse en dos momentos distintos: antes del incumplimiento, generalmente al nacer la obligación con un plazo, o después del incumplimiento, al hacerse la reclamación. En el primer caso por medio de un embargo privado y voluntariamente constituido por el deudor en forma de prenda para los bienes muebles, y de hipoteca para los inmuebles... En nuestro sistema registral la hipoteca voluntaria provoca una inscripción que produce los mismos efectos que la anotación preventiva de hipoteca judicial llamada embargo.»

do de la hipoteca es el «proceso de ejecución», ya que la hipoteca no es otra cosa que un embargo anticipado y provisional de un bien inmueble, un convenio procesal acerca de una posible ejecución futura.

El primer argumento esgrimido en defensa de la identidad esencial del embargo y la hipoteca, es el de la posibilidad de aplicar la definición legal de esta última al primero. Si el embargo consiste en la determinación de los bienes que han de ser objeto de la realización forzosa, dentro de los que posee el deudor, fijando su sometimiento a la ejecución procesal, bien puede afirmarse que, «el embargo sujeta, directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fué constituido». Prescindiendo de que la adecuación de conceptos no es del todo exacta (puesto que para ser eficaz el embargo ha de recaer necesariamente sobre los bienes de que sea titular el deudor responsable, ya que, si perteneciesen a un tercero, podría éste obtener inmediatamente su alzamiento), la quiebra fundamental del razonamiento está en que la fórmula utilizada para definir ambas instituciones es incompleta. Omite precisamente la *diferencia específica* que caracteriza a cada una de las figuras cuya identidad trata de demostrar. Esa última diferencia que peculiariza y distingue el embargo de la hipoteca es el título originador de esa situación de garantía (género próximo). El embargo tiene su origen en un acto procesal (*coactivo*): el mandamiento judicial. La hipoteca se constituye en virtud de un negocio jurídico extraprocesal (*voluntario*): contrato o disposición unilateral del dueño de la finca hipotecada. (Artículos 138 y 141 de la L. H. y 237 del Reglamento).

Previendo quizá estas objeciones, Fenech trata de acumular nuevos argumentos. El hecho de que la hipoteca sea una convención anticipada al nacimiento del proceso —dice—, y el que proceda de un contrato que se concierta fuera del mismo, no prejuzga su naturaleza sustantiva o procesal. Esta ha de deducirse de la función que el acto realiza y, la *función jurídica* del contrato de hipoteca es someter a la acción ejecutiva del órgano jurisdiccional, para el caso de que el deudor incumpla su obligación, un determinado valor inmobiliario que ha de ser realizado en favor del acreedor hipotecario con preferencia a cualquier otro que no acredite registralmente un *jus prioritatis*. El acreedor hipotecario —sigue diciendo— no adquiere, por virtud de la hipoteca, un derecho real directamente ejercitable sobre la cosa hipotecada. Entre él y el inmueble hipotecado se interpone un Juez y un proceso jurisdiccional. No es titular de un derecho real oponible a terceros, sino de un derecho público de iniciativa (*acción*) para instar del órgano jurisdiccional la realización de su crédito con preferencia a los demás acreedores. El inmueble hipotecado no queda sujeto al poder dispositivo del acreedor ejecutante (que no puede realizar directamente la venta de la cosa hipotecada ni hacerse el pago con su precio), sino al poder público (poder-deber) del Juez ejecutor: De todo lo cual se deduce que la hipoteca es una institución procesal: un *embargo convencional y anticipado*.

Tampoco creo que esta argumentación en defensa de la naturaleza procesal de la hipoteca sea invulnerable. Estimo en primer lugar que deben contraponerse, como únicas soluciones posibles al problema, las dos tesis dilemáticamente enfrentadas por el conferenciante: o *derecho real* o *embargo preventivo*. El concepto de derecho real es uno de los más discutidos e imprecisos de la

ciencia jurídica civil, y el examen de esta subcuestión nos llevaría inoportunamente a largas digresiones. Me parece que el planteamiento lógico del tema exige decidir primeramente si la hipoteca es una institución de derecho material o, si por el contrario, pertenece al derecho procesal. La respuesta exige un examen abstracto de las características que presentan los fenómenos jurídicos singulares de uno y otro sector del ordenamiento.

El Derecho material se presenta como un sistema de disposiciones destinadas a regular la conducta de los ciudadanos. Es un *conjunto de normas para la compatibilización espontánea de la libertad en el orden*. El acatamiento general de estas direcciones deontológicas trae a la Sociedad un orden pacífico. Pero cuando ese orden no ha sido espontáneamente observado se hace preciso desarrollar una actividad ulterior reintegrativa, porque la vida social necesita que el orden sea *constante*. El Derecho procesal interviene precisamente cuando ha surgido el *conflicto*. Se presenta como un conjunto de procedimientos y actuaciones regladas que, prescindiendo de la libertad hasta donde sea necesario, imponen inexcusablemente el orden. Derecho procesal y derecho material constituyen, por tanto, dos sistemas íntimamente compenetrados; pero cuyo ámbito de aplicación es distinto y sucesivo. Funcionan conjugados el uno a continuación del otro, de tal modo que, cuando el primero se ha revelado ineficaz, debe ponerse en movimiento el segundo. El contenido propio de las normas materiales es la valoración jurídica de ese libre juego de propuestas y aceptaciones que integran el tráfico ordinario de la vida social. *Su nota fundamental es la voluntariedad*. Las normas procesales se refieren a un conjunto de actos reglados que constituyen el camino obligado para la reintegración forzosa del orden transgredido. *Su nota fundamental es la coactividad*. Establecidos estos principios (3), no será difícil dictaminar acerca de la naturaleza de la hipoteca y de su posible identificación con el embargo. La hipoteca es una garantía libremente concertada por las partes para asegurar el cumplimiento de un crédito no litigioso. El embargo es una medida aseguratoria coactivamente decretada por la autoridad judicial para asegurar la ejecución de un crédito litigioso. Nace, por tanto, la hipoteca, en la esfera de la libre contratación privada: se constituye, ordinariamente, al tiempo de nacer el crédito a plazo, y en ocasiones, aun antes de su nacimiento (4). Por el contrario, el embargo supone siempre un proceso que, o se va a iniciar, o está pendiente, o ha concluido por una sentencia condenatoria.

El hecho de que el contrato de hipoteca se concierte pensando en una posible ejecución procesal y el que sea normativo respecto del objeto, no altera su naturaleza sustantiva. Toda relación jurídico-material, cualquiera que sea, puede devenir en un proceso. Todo convenio lleva implícita la amenaza de una realización forzosa a través del proceso, para el caso de que no sean voluntariamente observadas sus cláusulas. Pero resulta evidente, que de esta eventual

(3) Sigo en este punto ideas expuestas por el profesor LOIS ESTERIZ, en distintas publicaciones. Vid: *El concepto de derecho procesal y su emplazamiento en el sistema jurídico*, «Foro Gallego», núm. 81, Santiago, 1963; *Teoría del objeto del proceso*, «Anuario de D. Civil», II, 2.º, 621 ss. (1949); *Sobre la esencia de la posesión como concepto jurídico*, «Anuario de D. Civil» VI, 2.º, 451 ss. (1958).

(4) «Por esta razón—dice muy gráficamente GONZÁLEZ PALOMBO—resulta ser la hipoteca un embargo más preventivo que el más preventivo de los embargos.»

convergencia al proceso, común a todas las instituciones jurídicas, no puede deducirse para la hipoteca el calificativo de institución procesal.

Por otra parte, tampoco encuentro exacta la posición del Profesor Fenech, cuando afirma que el acreedor hipotecario carece de un derecho directamente ejercitable sobre la cosa hipotecada. Califíquese o no de *derecho* real, tiene, indudablemente, un poder directo de disposición respecto de su hipoteca, que le faculta para enajenarla, negociar su valor o su rango, extinguirla mediante la cancelación, etc.

Tampoco es necesario que en todo caso haya de recurrir el acreedor hipotecario al proceso y al Juez, para la realización del valor que la hipoteca garantiza. El acreedor hipotecario, y lo mismo el prendario, pueden proceder directamente a la venta de la cosa hipotecada o empeñada y hacerse el pago con su precio, siguiendo el mecanismo de las subastas notariales, cuando así lo hubiesen pactado (Cfr.: art. 1.872 del C. c.: 129, 2.º de la L. H. y 234 a 236 del Reglamento).

Embargo e hipoteca son, en mi opinión, dos instituciones que persiguen una misma finalidad y producen efectos análogos, cada cual en su respectiva esfera.

Pero el reconocer esta semejanza funcional no debe llevarnos a su identificación absoluta, ni por consiguiente a atribuirles una misma naturaleza.

III. SENTENCIAS DE INSTANCIA

Sentencia de 22 de octubre de 1952, del Juzgado comarcal de Eibar, sobre Extinción de Convivencia

ANTECEDENTES.—Doña M. P. B., arrendataria de una vivienda, pretende desahuciar a Don J. I., que desde hacía más de un año venía conviviendo con la actora. Al contestar a la demanda se alega la existencia de un subarriendo, concertado por la arrendataria y consentido por el propietario, en prueba del cual se aportan diez recibos acreditativos del abono a éste por los demandados de la cantidad de cien pesetas mensuales. En período de prueba, el propietario reconoció la autenticidad de dichos recibos, a los cuales dió el carácter de una participación dominical en la merced del supuesto subarriendo.

El Juzgado estimó la demanda con base en los siguientes Considerandos:

CONSIDERANDO: Que la prueba practicada no ha aclarado totalmente la naturaleza de la relación jurídica que une a la actora con el demandado, aunque mas bien que un subarriendo—como pretende éste—debe reputarse existente una convivencia gratuita, pues el subarriendo no es otra cosa que un arrendamiento del todo o parte de la vivienda otorgado por el titular arrendatario, y en el presente caso no aparece tal convenio por ninguna parte, ya que *la voluntad de la subarrendadora no puede, en modo alguno, sustituirse por el consentimiento del arrendador* de la vivienda, pues dicho consentimiento es algo, aunque necesario en determinados casos extrínseco a la entraña misma del contrato; tanto más cuanto que tampoco se ha demostrado la realidad de una renta abonada por el demandado a la actora a intervalos periódicos, no teniendo tal carácter las cantidades que el subarrendatario ha abonado a la actora por determinados servicios. Pero, aún en la hipótesis más favorable al demandado, es indiferente que la citada relación constituya un subarriendo para la estimación de la demanda, pues el artículo 11 no concede—como erróneamente entiende el actor—el beneficio de la prórroga forzosa al subarrendatario, ya que dicho artículo se refiere exclusivamente a la renunciabilidad de determinados derechos, debiendo acudir al artículo 74 de la ley en el que se dispone que «lo dispuesto en los precedentes artículos (entre los que se encuentran el 70, regulador de la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento) no será de aplicación en los contratos de subarriendo de locales de negocio o de viviendas», los cuales —salvo los supuestos de los artículos 20 y 21, en cuyo caso no estamos— sólo obligarán al arrendador por el plazo pactado, plazo que no consta y que en el presente litigio debía estimarse mensual; asimismo, en cuanto a la convivencia del artículo 27 —que es un auténtico subarriendo tolerado por la ley— hay que tener en cuenta la disposición transitoria séptima, según la cual: «el beneficio de prórroga no será extensivo a las personas de que trata el artículo 27». Con mayor razón debe estimarse la demanda en la hipótesis de convivencia gratuita que puede hacerse en cualquier momento.

CONSIDERANDO: Que por las razones expuestas procede estimar la demanda, declarando resuelta la convivencia del demandado en el piso de la actora.

CONSIDERANDO: Que al estimarse en todas sus partes la demanda procede imponer las costas a la parte demandada por disponerlo así la ley de Bases de 19 de julio de 1944.

Vistos los artículos citados, demás pertinentes al caso y de general aplicación,

FALLO: Que estimando la demanda propuesta por el letrado Don A. A. en nombre de Doña M. P. B., viuda de B., debo declarar y declaro extinguida la convivencia del demandado Don J. I. con la actora, condenándole en consecuencia a estar y pasar por tal declaración, y a desalojar, tanto él como las personas que con él convivan, las habitaciones que ocupen en el piso a que se refieren estos autos, imponiendo a dicho demandado las costas del juicio.

Así, por esta mi sentencia, etc.

Apelada esta sentencia, fué confirmada por la del Juzgado de Primera Instancia de Vergara, de 28 de febrero de 1953. en la que se aceptaron íntegramente sus Considerandos.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALONSO GARCIA, S.: "La Aparcería Rústica". (Cuestiones que plantea y su solución jurisprudencial.) Alicante, 1951; 240 págs.

Los objetivos fundamentales perseguidos por el autor de esta obra son, como él mismo advierte en la Introducción, exponer lisa y llanamente las discrepancias y opuestas interpretaciones que sugirió la normativa legal, y determinar la doctrina señalada sobre la materia por el Tribunal Supremo.

El libro reviste un aspecto eminentemente práctico, exento de disquisiciones doctrinales, y ha de ser muy útil tanto a los profesionales del Derecho como a los profanos que se interesen por los problemas que plantea la aparcería rústica.

J. S. B.

ALFONSO YAGÜE, Juan José: "La Propiedad Industrial al alcance de todos". (Estudio sistemático de la legislación nacional e internacional, concorcada y puesta al día. Formularios.) Editorial Victoriano Suárez. Madrid, 1952; 317 págs.

La obra reseñada está dirigida a divulgar los preceptos legislativos que regulan la Propiedad Industrial, en las diferentes modalidades que define y ampara.

Para facilitar el conocimiento claro y rápido de los derechos de Propiedad Industrial que competen al inventor, fabricante, comerciante o industrial, personas desconocedoras de la legislación vigente, y a las que no es posible, en muchos casos, un estudio detenido de la misma, el autor adopta en la exposición de la materia un sistema de preguntas y respuestas, que dan al libro una fisonomía tipográfica muy original.

La obra no se ajusta al orden numérico de los artículos, sino a un orden lógico deliberadamente concebido por el autor para facilitar su lectura a personas ajenas a la profesión jurídica, comenzando por el concepto de Propiedad Industrial, formas de adquisición, requisitos, personas que puedan obtenerla, etc. Concluye la obra con una serie de formularios que permitirán al profano conocer la tramitación de las diversas modalidades de expedientes, y le facilitarán la defensa de sus derechos.

J. S. B.

BARASSI, Ludovico: "Diritti reali e possesso". Vol. I, "Il diritti reali", 516 págs.; vol. II, "Il possesso", 556 págs. Milano, A. Giuffrè, 1952.

Entre la extensa producción científica (1) del ilustre profesor milanense del "Sacro Cuore", la presente obra ha de ocupar, sin duda, un destacado lugar.

En una advertencia preliminar se explica el título y el desarrollo de este estudio. Puesto que la actividad que el hombre desarrolla sobre una cosa puede ser considerada, sea en relación con la titularidad del correspondiente derecho real sobre la misma cosa, sea "per se" con independencia de dicha titularidad, es decir, como simple posesión, es lógica la conclusión de que el conocimiento de los derechos reales presupone también el de la posesión, así como que el análisis de esta última implica el conocimiento de los derechos reales en general. Con arreglo a este plan, se desarrolla la obra. El análisis de ese complejo instituto jurídico—Barassi le denomina dúctil y áspero—, tema de inacabables discusiones jurídicas, que es la posesión, en el que difícilmente puede llegarse a conclusiones definitivas, se contiene en el segundo volumen, en tanto que el primero está dedicado a una exposición desde un punto de vista general de los derechos reales.

Pero—y aquí radica uno de los puntos claves de la obra—¿en qué medida es posible y útil la elaboración de una teoría general de los derechos reales? Desde luego, los derechos personales la tienen ya desde el Derecho romano, y en todos los Códigos modernos se contiene, más o menos perfeccionada, una teoría general de las obligaciones; mas por lo que se refiere a los derechos reales no sucede así, y aunque en el nuevo Código civil italiano, en el libro tercero, se incluye un primer capítulo dedicado a los bienes en general, su alcance es bien limitado. Por otro lado, hay que reconocer—prosigue Barassi—que el sistema del "numerus clausus" y las diversas cautelas legislativas (sistemas de publicidad) a que dan lugar la eficacia "erga omnes", constituyen un evidente obstáculo al imponer rígidamente la adopción de los tipos legales. Con todo, el autor estima que tales dificultades menoscaban, pero no suprimen, la importancia práctica de tal teoría general. "Creemos útil—concluye—una tentativa de coordinación sistemática de las reglas que se refieren a los diversos derechos reales. Porque la profunda variedad de los diferentes tipos no impide que en su centro viva un "derecho real", que como tal, en su conformación más amplia, tiene también estructura igual. Es útil, por lo tanto, coordinar las nociones acerca de esta estructura, los bienes que pueden ser objeto de los derechos reales,

(1) Los lectores del ANUARIO tienen ya noticia de las siguientes obras: "I diritti reali limitati", "Istituzioni di Diritti civile", "Proprietà e comproprietà", en virtud de reconocimientos debidas, respectivamente, a J. JORDANO, II-1.º, pág. 202; MANUEL GITRAMA GONZÁLEZ, II-2.º, pág. 699, y J. JORDANO, V-2.º, pág. 722. En cuanto a "I diritti reali limitati", puede verse también la amplia nota crítica de Gregorio ORTEGA PARDO en el propio ANUARIO, V-2.º, págs. 701 y ss.

las distinciones entre los diversos tipos, los modos de adquisición y de extinción."

El volumen primero comprende cuatro capítulos: el primero dedicado a la naturaleza jurídica del derecho real, y es, sin duda, el de mayor interés, pues recoge las últimas aportaciones doctrinales al tema de la distinción entre derechos reales y de crédito, hoy sometido a revisión (2). Los tres restantes ofrecen menos novedad e interés, y tratan sucesivamente de los sujetos y los bienes, de las partes y pertenencias, y de la adquisición de los derechos reales; en este último capítulo se hace especial referencia a los dos sistemas fundamentales de adquisición de los derechos reales: el germánico, que se apoya en la publicidad o exterior reconocimiento de los mismos, y el francés, basado en la voluntad, exponiendo luego el sistema italiano.

El enlace entre los derechos reales y la posesión lo sitúa Barassi en el punto del ejercicio de aquéllos; sin olvidar, claro es, que puede existir también un ejercicio que no corresponde a ningún derecho real.

El estudio de la posesión en el segundo volumen de esta obra se hace con la mira puesta en la actual realidad legislativa italiana, que ha modificado sustancialmente la regulación del viejo Código de 1865. Pero como esa realidad legislativa, cristalizada en los artículos 1.140 a 1.170, que constituyen el título VIII del libro tercero del "Nuovo Codice civile", es el resultado de una laboriosa evolución histórica, Barassi expone con particular detalle los antecedentes romanos, canónicos y germánicos de la institución, sin olvidar el precedente de los Códigos francés, alemán y suizo, y no faltando tampoco referencias a los Códigos español y argentino.

Casi la mitad de este segundo volumen está ocupada por el capítulo primero, dedicado todo él a fijar el concepto de la posesión, siendo de señalar el estudio que hace de la detentación (a propósito de la cual se ocupa de nuestro artículo 430) y de la coposesión. Los restantes capítulos tratan de la posesión de buena fe, de la adquisición de la posesión, de los efectos jurídicos de la misma, de su estructura y de los cambios subjetivos que puede presentar la posesión.

El mérito principal de la presente obra está, sin duda, en el empeño de elaborar una teoría general de los derechos reales, en el que existen muy pocos precedentes (3). Para lograrlo, pocos tan bien preparados como Barassi. No es desdeñable tampoco el fino análisis que de la posesión en el derecho italiano se nos hace en el segundo volumen.

Gabriel GARCIA CANTERO
Doctor en Derecho. Juez Comarcal.

(2) Véase la nota crítica de J. VALLET DE GOYTSOLO en este ANUARIO, V-4.º, página 1381, acerca del importante estudio de TILOCCA, "La distinzione tra diritti reali e diritti di credito", publicado en "Archivio Giuridico", vol. CXXXVIII, enero 1950, páginas 3 y ss., del que también se ocupa BARASSI, casi siempre para rebatirle. Cf. volumen I, pág. 23, nota 22.

(3) Un antiguo trabajo de CARRONI, "Il possesso ed i diritti reali in generale". Torino, 1916, y el más reciente de ROJINA, "Teoría general de los derechos reales", Méjico, 1947.

CARRALERO SAIZ, Francisco: "La Sociedad Anónima". (Estudio y adaptación a la legislación vigente.) Madrid, 1952; 171 págs.

La finalidad principal perseguida por el autor del presente volumen es la de proporcionar a los opositores a notarias y registros unas contestaciones a los temas de los respectivos cuestionarios referentes a las Sociedades Anónimas, recogiendo en ellas los preceptos de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre el Régimen Jurídico de esta clase de Sociedades.

Sin embargo, la exposición de la materia no se enfoca de una manera exclusiva desde el punto de vista de la nueva Ley, sino que, como el autor advierte en las Notas preliminares, se ha buscado el enlace con el régimen legal anterior, para conseguir la continuidad en la exposición permitiendo así tanto el aprovechamiento de conocimientos anteriores, como la comprensión de las reformas introducidas por la Ley.

La obra, pues, puede ser útil no sólo a los opositores, a quienes está principalmente dirigida, sino también a los profesionales del Derecho, y muy especialmente a los estudiosos en general. No obstante, ni por la finalidad que el autor se ha propuesto, ni por la extensión de la obra, ni por las escasas referencias bibliográficas puede considerarse el libro como obra de consulta. En él lo más estimable es la claridad de exposición y la concisión con que ha sido redactado.

J. S. B.

COELLO GALLARDO, Antonio: "Sucesiones". (Comentarios a los artículos del Código civil con la jurisprudencia aplicable y formularios prácticos.) Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1952; 758 págs.

El autor se propone publicar unos comentarios a los artículos del Código civil, relativos al Derecho sucesorio con la doctrina jurisprudencial sentada en torno a ellos por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros, así como unos formularios para facilitar su aplicación práctica.

Con el presente volumen el autor da comienzo a esta empresa que se ha propuesto realizar. Se contiene en él el texto literal de los artículos 657 a 789 del Código civil, los comentarios, sencillos y prácticos, que el autor dedica a estos preceptos, numerosos resúmenes de sentencias del Tribunal Supremo y de resoluciones de la Dirección General de los Registros, referentes a dichos artículos, y una serie de 41 formularios prácticos.

Los comentarios, aunque sencillos, son verdaderamente luminosos en general. La diferenciación de tipos de letra, según se trate del texto legal, el comentario y la jurisprudencia, facilitan mucho la consulta de la obra.

J. S. B.

D'ORS, Alvaro: "Epigrafía jurídica de la España romana". Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1953; 484 págs.

El libro de D'Ors podrá ser apreciado debidamente en todo su extraordinario valor sólo por los filólogos y los romanistas; pero, de lejos y a bulto, todos los juristas hemos de admirar la paciente y erudita labor condensada y el tesoro de saberes en él acumulado. El verdadero objeto de esta nota no es dejar constancia de la publicación de esta obra y de su significado cumbre en nuestra vida cultural, sino el señalar a la general atención su interés para todos los estudiosos del Derecho.

El título de "Epigrafía jurídica" es engañoso, por excesivamente modesto; no se trata de una mera recopilación de inscripciones, pues la transcripción de cada una va seguida de un comentario que, en realidad, es un exhaustivo estudio monográfico de las instituciones en ellas aludidas; de modo que más bien hubiera podido denominarse tratado del Derecho conocido de la Hispania romana. El jurista encuentra sugestivas referencias a todas las ramas del Derecho, y, en especial, para los civilistas será especialmente fructífera la lectura de los comentarios sobre origen y domicilio (población de la España romana), personas jurídicas (cofradías, gremios, fundaciones) y sobre el negocio fiduciario (fórmula de mancipación fiduciaria).

F. de C.

FRANCOY PALACIN, Francisco: "Régimen Laboral de la Industria y el Comercio (Compendio de legislación comentada y concordada, con jurisprudencia, resoluciones y formularios) (tercera edición). Madrid, 1952; 1349 páginas.

El objetivo primordial de la obra—como hace constar el autor—es compendiar, simplificar y aclarar la legislación y jurisprudencia relativa al régimen laboral de la industria y el comercio, para facilitar su aplicación acertada a la enorme variedad de casos concretos que constantemente se plantean en este campo jurídico.

La obra ha sido adicionada con las disposiciones promulgadas desde la fecha de la segunda edición hasta el 31 de abril de 1952. Asimismo se ha ampliado la obra con otras normas laborales de las que se había prescindido en las anteriores ediciones, como las relativas al Instituto Social de la Marina y a la rama agrícola.

Las secciones que comprende esta obra se refieren a las materias siguientes: Fuero del Trabajo, Contrato del Trabajo, Descanso dominical, Jornada máxima legal, Accidentes del trabajo, Subsidio familiar, Seguro de enfermedad, Enfermedades profesionales, Seguro de vejez e invalidez, Plus de cargas familiares, Instituto Social de la Marina, Delegaciones de Trabajo, Inspecciones del Trabajo, Jurados de Empresa, Cuota sindical, Clasificación profesional, Colocación obrera, Reglamentaciones Nacionales de Trabajo, Entidades de previsión laboral y Parte procesal.

Además, contiene una colección muy práctica y completa de formularios.

Para facilitar el manejo de la obra, y además de los índices generales alfabético y cronológico, se han incluido al comienzo de cada sección un índice sinóptico y otro cronológico.

Se señalan a lo largo de la obra las concordancias existentes entre las múltiples disposiciones afectantes a cada cuestión.

La obra reseñada llenará cumplidamente, sin duda, la finalidad que el autor se ha propuesto.

Jaime SANCHEZ-BLANCO

GONZALEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás: "Los aspectos jurídicos de la propiedad fotográfica". Madrid, 1952; 43 páginas.

Se recoge en este folleto la conferencia que pronunció el autor en la Asociación de la Prensa el día 25 de febrero de 1952, con ocasión de la Primera Exposición Nacional de Fotografías de Prensa. El autor, sin entrar en el estudio detenido y profundo del tema—lo que hubiera sido impropio de un certamen artístico—, ha pretendido y logrado presentar un trabajo de divulgación sencillo, claro y conciso, eliminando en lo posible las arideces propias del tema.

Comienza exponiendo el origen y finalidad de la Institución Defensora de la Propiedad Fotográfica, organizadora de la conferencia, y señala, después, las primeras manifestaciones nacionales de tutela jurídica de la propiedad fotográfica, a la que por primera vez se hace referencia expresa en el artículo primero del Reglamento de 3 de septiembre de 1880, dictado para la ejecución de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, siendo ministro de Fomento don Fermín de Lasala y Collado, duque de Mandas.

Estudia, seguidamente, la naturaleza del derecho de propiedad intelectual, en general, y del de propiedad fotográfica, en particular, y estima que los artículos 428 y 429 del Código civil lo configuran como derecho real, *erga omnes*, solución aceptada también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en el Derecho comparado. Expone a continuación la protección penal que, a través del artículo 533 del Código penal, ha concedido el legislador a la propiedad intelectual y que es, escribe, aplicable a la fotográfica. Recuerda los convenios internacionales sobre Propiedad Intelectual y Artística, en los que hay una referencia expresa a la propiedad fotográfica, y que han sido ratificados por España. Analiza la doctrina sentada por la sentencia de 10 de enero de 1952 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid, que, revocando la del Juzgado Municipal número 1, ha sido la primera que se ha pronunciado en defensa del derecho que nos ocupa, exponiendo y refutando, en seguida, los principales argumentos esgrimidos por la Justicia Municipal de Madrid para desestimar las demandas de los fotógrafos.

Concluye diciendo que la Institución Defensora de la Propiedad Fotográfica, de la que es letrado asesor, ha elevado un escrito al Minis-

terio de Justicia, con fecha 7 de enero de 1952, solicitando se dicte una disposición aclaratoria, en sentido acorde con los artículos 428 y 429 del Código civil, destacando que el autor de una fotografía es titular de los mismos derechos que el de cualquier otra obra literaria, musical, artística o similar, sin necesidad de convenio con Empresas periodísticas, Agencias publicitarias, etc.

J. S. B.

H. C. GUTTERIDGE: "Le Droit Comparé (Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du Droit". Traducción francesa de la segunda inglesa. París, 1953. Un tomo de 240 páginas.

Con la aparición de los estudios de Derecho comparado es indudable que el Derecho camina hacia una meta científica más pura. El emplear el método comparativo supone tener a nuestro alcance un gran instrumento para la mejor elaboración de la ciencia jurídica. El favorecer el conocimiento y la comprensión mutuas de los pueblos y el saber que existe en el fondo de las diversas peculiaridades un sustrato común de obligaciones y derechos, de deberes y potestades, es la principal misión que viene a realizar el Derecho comparado.

La obra de Gutteridge, según manifestó Julliot de la Morandière, aunque reciente, se puede considerar como una de las clásicas del Derecho comparado. Efectivamente, se trata de exponer la sistemática del Derecho comparado, y el autor lo logra con una maestría de redacción y método verdaderamente ejemplar. Según manifestó en el prólogo de la primera edición, se propuso un triple cometido: en primer lugar, explicar el origen y significación de la expresión, muy curiosa, de "derecho comparado"; en segundo lugar, el exponer los variados fines a los cuales puede emplearse el método comparado en el estudio y en la búsqueda de materias de Derecho y ver cómo funciona; por último, intentar lograr un juicio sobre el valor del Derecho comparado en tanto instrumento del progreso y del desenvolvimiento del Derecho.

Además, para nosotros esta obra tiene un valor particularmente indudable, y es que pone de relieve las diferencias que existen entre el "common law" y los sistemas continentales derivados del Derecho romano. También es interesante en lo que se refiere a la exposición de ciertas técnicas particulares, como son, por ejemplo, el comparar el Derecho australiano y el Derecho canadiense, o el Derecho inglés y el de los Estados Unidos.

Los problemas abordados en este magnífico libro son muy sugestivos y tratados con singular maestría. Gutteridge comienza en el capítulo primero con el análisis del "dominio del Derecho comparado" (págs. 17-28); pasa a estudiar los "orígenes y desenvolvimiento del Derecho comparado" (págs. 29-42); lo "sugestivo del Derecho comparado" (págs. 43-64); el "Derecho comparado y los conflictos de leyes" (págs. 65-87); el Derecho comparado y el Derecho de gentes" (págs. 88-100); el

"método comparado" (págs. 101-119); la "jurisprudencia de los Tribunales y el Derecho comparado" (págs. 120-134); la "interpretación de las leyes y el Derecho comparado" (págs. 135-152); el "problema de la terminología jurídica" (págs. 153-164); el "Derecho comparado y la enseñanza del Derecho" (págs. 165-185); el "movimiento para la unificación del Derecho privado" (págs. 186-195); la "naturaleza y caracteres del Derecho unificado" (págs. 196-215); y el "mecanismo de la unificación" (págs. 216-232).

Como puede advertirse, los temas centrales que se plantean en la Ciencia jurídica actual son analizados por el autor, aunque se ve la adopción de una postura nominalista, muy propia del espíritu anglosajón. La consciencia de la minoridad que constituyen los países del sistema del "common law" lleva al autor a resaltar, también, la necesidad de una más intensa colaboración, a fin de que las cuestiones no adquieran un tono parcial y no se crea que en el Derecho romano está la única fuente de los principios que informan el sistema jurídico universal.

Con esta segunda edición de su obra, Gutteridge rellena ciertas lagunas que la crítica le hizo ver y pone la obra al día, sin variar el plan originario del libro, a pesar de alterar y corregir ciertos puntos de vista. El principal intento de introducir el método comparado en la investigación y búsqueda de los estudios jurídicos lo consigue plenamente el autor después de que se han saboreado sus páginas.

José BONET CORREA

IGLESIAS, Juan: "Estudios romanos de Derecho e Historia". Ediciones Ariel, Barcelona, 1952; 104 págs.

Aparecen recogidos en este volumen una serie de seis estudios del profesor Iglesias. Los dos primeros inéditos y los restantes, ligeramente retocados y adicionados, publicados ya en diferentes revistas.

Los trabajos recogidos en el volumen que comentamos son los siguientes: Confesiones de un romanista, *Ius civile romanorum*, Política y Derecho en Roma (1), Del Derecho romano al Derecho moderno (2), Savigny (3) y Visión titoliviana de la Historia de Roma (4).

Todos estos estudios quedan conectados entre sí por la preocupación que en ellos alienta, y que acaso sea el rasgo más característico del ilustre romanista, de resucitar en el jurista moderno "el sentimiento jurídico que trae de Roma su luz primera", de vivir y hacer vivir el Derecho romano, que no es algo muerto, y arrancar de él la enseñanza viva que nos brinda como "arte de lo bueno y de lo justo".

El Derecho romano no empieza ni acaba en la letra de la ley. No es posible conocer ni entender cabalmente el Derecho romano, si se olvidan

(1) Publicada en el "Anuario de Historia del Derecho español", vol. XV (1944).

(2) Publicado en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, vol. II (1949). *Mélanges De Visscher*, vol. I.

(3) Publicado en *Revista de la Universidad de Madrid*, vol. I (1942).

(4) Publicado en el "Anuario de Historia del Derecho español", vol. XVII (1946).

los complementos extralegales, los vínculos—que tanto pesaron en Roma—de la *pietas*, la *fides*, la *aequitas*, la *humanitas*, el *officium*. Y, en último término, no se puede comprender el Derecho de Roma mientras se ignore la vida integral de los romanos.

Los estudios de Derecho romano—dice el autor—, llenos hoy de gloria, se ven amenazados, no obstante, por un grave peligro: el virtuosismo. Y no conviene—añade—entregarse *únicamente* a la búsqueda refinada—afiligranada—de curiosidades sin espíritu. Ni cabe tampoco querer convertir el meollo del Derecho romano en ciencia pura, ya que, procediendo así, sólo se logra des-romanizarlo.

El Derecho romano no es—escribe también el autor—un derecho que *fué*, algo de lo cual pueda decirse simplemente que *pasó*, algo que quedó arrinconado en su época. La Historia del Derecho romano no concluye con la caída de Roma. Sigue a lo largo de la Edad Media y de la Edad Moderna. Seguirá tras nosotros, porque nosotros no hemos agotado todavía las *posibilidades* que ese derecho encierra.

Jaime SANCHEZ-BLANCO

IGLESIAS, Juan: “En torno al fideicomiso familiar catalán”. Ediciones Ariel, Barcelona, 1952; 71 págs.

Este volumen recoge, levemente retocado, el estudio que publicó el autor en la *Revista Jurídica de Cataluña*, año XLVII (1949), vol. LVIII, bajo el título *Sobre fideicomisos y sustituciones fideicomisarias*.

El libro se halla dividido en tres partes. Estudia el autor en la primera el origen, caracteres y evolución del fideicomiso romano, que vino a superar los inconvenientes del régimen formalista a que estaba sujeto el legado, a la vez que a colmar las deficiencias que presentaban tanto el legado como la herencia, cuando ni uno ni otra permitían favorecer toda suerte de disposiciones *mortis causa*. De una manera especial trata el profesor Iglesias del *fideicommissum familiae relictum* del que procede nuestra actual sustitución fideicomisaria.

En la segunda parte estudia la sustitución fideicomisaria en los derechos medieval y moderno, para entrar de lleno, en la parte tercera, en el examen particular del fideicomiso familiar catalán. Expone el autor el origen y rasgos característicos de la institución, que puede presentarse, lo mismo que el *fideicommissum familiae relictum* romano, bajo forma pura o condicional.

Destaca seguidamente el papel de primer orden que desempeña en la sustitución fideicomisaria catalana la condición *si sine liberis decesserit*, y aborda el problema que se plantea cuando en dicha sustitución falta la mención, *in condicione*, de los *liberi*. Examina la solución dada al citado problema por la ley *Cum avus*, que estableció el principio general que suele formularse así: *liberi non positi in condicione, positi sunt*—por imperativo de dicha ley—*in dispositione*.

De este principio se dedujo, a *contrario sensu*, la célebre doctrina *positi in condicione, positi non sunt in dispositione*.

Se extiende el autor en algunas atinadas consideraciones sobre la premerencia del instituido con relación al testador, del primer sustituto con relación al instituido o del sustituto ulterior con relación al sustituto precedente, premerencia que puede plantear el problema de si deben considerarse los *hijos puestos en condición* como sustitutos de sus padres, ya por sustitución implícita, ya por sustitución legal, es decir, por representación.

Concluye el profesor Iglesias subrayando que para la acertada resolución de este problema hay que relacionarlo con la grave cuestión de si lo prevalente debe ser la familia, como *unidad*, o los *individuos* de la familia, aisladamente considerados.

A la luz de este nuevo planteamiento, el autor propugna que se dé al problema la solución que, en cada caso, sea más favorable a la familia.

Jaime SANCHEZ-BLANCO

LARENZ, Karl: "Lehrbuch des Schuldrechts". Erster Band. "Allgemeiner Teil". C. H. Beckische Verlagsbuchhandlung. München und Berlin, 1953; 304 págs.

Dice Larenz, en las primeras páginas de este libro, que su propósito al escribirlo es proporcionar a los estudiantes un texto fácilmente legible y comprensible, que dé una imagen coherente de las instituciones jurídicas. A este fin, ha elegido un tipo intermedio para su obra, que no será tan reducida como unos "Elementos" ni tan extensa como un Tratado; como método expositivo, seguirá el nuevo camino de unir concepto y sistema al significado vital de las normas, a su substancia real.

El estudio de la parte general del Derecho de crédito de Larenz será ciertamente de gran interés para el lector extranjero. En primer lugar, por el carácter del Derecho de obligaciones, cuya técnica y problemas han llegado a ser comunes para todos los ordenamientos jurídicos seguidores del Derecho romano; pero, además, y especialmente, porque nos permite observar la situación de la doctrina alemana sobre esta materia, después de la gran crisis del pensamiento jurídico alemán (1), en lo escrito por un autor, como Larenz, tan caracterizado dentro de las modernas direcciones (2).

La nota de claridad se ha logrado del modo más completo y concluyente; pues se une la llamada claridad francesa (sintáctica) a la que podría llamarse claridad de la ciencia germánica, o sea la de la unidad de

(1) La conmoción pasada, aparte excesos retóricos y desviaciones fundamentales inexcusables, sirvió para quebrantar la creencia en la infabilidad de la concepción positivista y hacer con ello posible una actitud crítica fecunda respecto al canon doctrinal (Windscheid, Harck, v. TURER) y al mismo B. G. B.

(2) Una referencia a otras obras de LARENZ en este A. D. C., V-1.º (1952), página 279, nota 3.

sistema y exclusión de internas contradicciones. En un solo caso se observa algo que pueda confundir al lector. Al tratar de la distinción entre derecho real y derecho de crédito se indica—acertadamente—que la titularidad del acreedor constituye una posición jurídica que ha de ser respetada por todos, aunque el derecho de crédito no es ciertamente un derecho absoluto (pág. 9); luego, en el apartado que rotula “derecho en un crédito”, se dice que cada crédito es “absoluto” en cuanto su titularidad pertenece exclusivamente a un solo titular (pág. 257). Larenz utiliza así el término “absoluto”, sin advertirlo claramente, en dos diversos sentidos, como deber de respeto general y como eficacia inmediata (3).

El autor no sigue el plan del Código civil alemán (que rechaza después de criticarlo) y adopta uno distinto, conforme al concepto de relación obligatoria, en cuanto caracterizada por el deber la prestación. Trata sucesivamente de la constitución de la relación obligatoria (en especial de su continuación por contrato), del deber de prestación y sus modalidades conforme a los distintos objetos de la prestación, de los impedimentos casuales y voluntarios (violación del deber) a la prestación del cumplimiento o satisfacción del acreedor. Estos cuatro capítulos están completados por otros dos: uno sobre sucesión en el crédito, la deuda y la relación obligatoria, y otro, el final, sobre pluralidad de acreedores y de deudores.

En una nota bibliográfica de un manual o tratado es imposible señalar individualmente coincidencias o discrepancias respecto a los puntos de vista aceptados por el autor y cabe sólo dar una impresión de conjunto y, a lo más, como ejemplo, hacer alguna observación de detalle. Este libro de Larenz se caracteriza por el acierto en la exposición y la prudencia al elegir soluciones; pudiendo destacarse en ambos sentidos los apartados sobre el concepto amplio de obligación como estructura y proceso (pág. 23) (4), el alcance de la autonomía de la voluntad (página 32), el significado de la buena fe (págs. 57, 78, 82), el valor de las condiciones generales (pág. 70), y la restricción propuesta del carácter abstracto del perdón (pág. 250). Pueden también—como en toda obra humana—encontrarse algún punto débil; así, por ejemplo, parece impreciso e incompleto el estudio del pre-contrato (5).

La obra reseñada, en fin, puede calificarse como una de las aportaciones más valiosas hechas después de la guerra a la ciencia jurídica ale-

(3) La importancia de distinguir entre ambos la señala enérgicamente ДУЛСКИЙ, *Die Verdinglichung Obligatorischer Rechte*, 1951, pág. 48. También F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, 2.ª ed., 1949, págs. 589 y ss., especialmente pág. 592.

(4) Utilizado ya en el *Tratado de Arrendamientos Urbanos*, 1949, I, pág. 103, de DE COSSIO y RUSIO.

(5) Además, no utiliza ni cita el erudito y cuidadoso estudio de BLOMEYER, *La promessa de vente sans vente*, *Festschrift für Leo Raape*, págs. 269-303, degradadamente tampoco tenido en cuenta en mi estudio *La promesa de contrato*, en este A. D. C., 3. 4.º (1950), página 1133.

mana; tanto más de apreciar al ser sobre una materia en la que abundan los buenos estudios modernos (6).

F. de C.

LARRAZ, José: "Metodología aplicativa del Derecho Tributario". Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952; 244 págs.

El volumen reseñado contiene el texto íntegro del discurso de recepción del señor Larraz en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y, a continuación, setenta y cinco apéndices en los que el autor recoge extractadas las sentencias de significado metodológico, positivo y negativo, cuyo examen le sirve de base para sostener (pág. 40) "que existe una palmaria contradicción metodológica en la jurisprudencia contencioso-tributaria suprema".

Lo que caracteriza la práctica española aplicativa del Derecho tributario es una contradicción formal, patente, entre el automatismo literalista y el criticismo que se sobrepone a la letra del precepto. Esta contradicción se manifiesta tanto recordando casos y disposiciones notables del Derecho tributario, como mediante una sistemática investigación jurisprudencial.

Para superar esta contradicción metodológica, en obsequio a la seguridad jurídica, Larraz propone el siguiente criterio doctrinal: "el Derecho tributario debe aplicarse críticamente, con una sola excepción: en los casos de suficiencia literal del precepto no se podrán hacer, a instancia y en beneficio del Fisco y en contra del contribuyente de buena fe que no incidió "in fraudem legis", aplicaciones correctoras del dictado literal de la norma". Y esto, tanto respecto del Derecho tributario común como del excepcional.

Concluye el autor afirmando que, al presente, el artículo 17 del Fuero de los Españoles permite la efectividad y la vivencia del criterio doctrinal por él defendido.

J. S. B.

LEHMANN, Heinrich, Catedrático en la Universidad de Colonia: "Derecho de familia". Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953; páginas XXIV + 503.

Útil tarea es la que lleva a cabo la Editorial Revista de Derecho Privado al ofrecernos hoy la versión castellana del Derecho de familia del profesor Lehmann, correctamente realizada sobre la segunda edición alemana por el abogado del Ilustre Colegio de Madrid D. José María Navas, el cual avanza, para el lector español, el texto traducido, con unas orientaciones referentes a nuestra legislación.

(6) Después de la guerra merece recordarse, además de las nuevas ediciones del *Recht der Schuldverhältnisse* de LEHMANN, en el Tratado de ENNECCERUS, 1950, y del *Schuldrecht* de HEDEMANN de 1949, el original B. G. B. *Schuldrecht* de ESSER, 1949.

El profesor Lehmann consiguió en su libro plenamente su propósito de exponer, junto a la elaboración teórica y sistemática de la materia, las directrices e ideas fundamentales del Derecho de familia, tomando, asimismo, en consideración la finalidad que persiguen sus normas e instituciones, todo ello naturalmente en la medida en que es posible dentro de la estructura y amplitud que exige un compendio de este tipo. Por otro lado, acertó plenamente al poner de relieve la importancia del contenido de las normas de un código, como el B. G. B., fundamentalmente abstracto, y al acentuar fuertemente la función social y económica de las instituciones de aquél en el sector jurídico familiar.

Esta segunda edición de la obra de Lehmann, posterior a la pasada guerra europea, toma en consideración las nuevas leyes promulgadas después de aquélla, así como la jurisprudencia utilizable, y sigue fiel a los fundamentos sobre los que edificó la primera, pues precisamente confiesa el propio Lehmann que, a pesar de múltiples solicitudes, se resistió a publicar edición alguna de la misma bajo el régimen nacionalsocialista, ya que ello hubiera supuesto la alteración de tales fundamentos.

A continuación pasamos a exponer brevemente el contenido del libro, cosa que es la única que a nuestros efectos interesa, pero conviene advertir la existencia de algunas modificaciones o de proyectos de ellas procedentes de leyes o proyectos posteriores a la aparición de la edición alemana. De unas y otras da noticia el traductor en una nota preliminar, así como en otra nota—página 19—ofrece bibliografía sobre las nuevas directrices legislativas.

La materia se halla distribuida en tres partes, precedidas de una introducción. La primera parte estudia el Derecho matrimonial que, a su vez, se fracciona en cinco titulares referentes a esponsales, conclusión del matrimonio, efectos jurídicos del mismo, en general, efectos patrimoniales y disolución.

La parte segunda trata de la filiación y del parentesco en cuatro títulos: filiación legítima, derechos de los hijos equiparados a los legítimos, situación de los ilegítimos y relaciones de parentesco: deber de alimentos. Esta parte va precedida de un párrafo en el que se hacen consideraciones sobre la familia como célula de desenvolvimiento y educación del ciudadano, la participación del Estado en la protección de la juventud, la legislación protectora de ésta y la equivocada política seguida por el nacionalsocialismo al establecer que la juventud debería ser educada, además de en la familia y en la escuela, en las Juventudes hitlerianas, con lo que se desposeyó realmente a los padres del derecho a la educación, ya que el impedir a los hijos el ingreso en tales juventudes y la prohibición de educación nacionalsocialista se consideró como perturbación en el sentido del § 1.666 del B. G. B., dando derecho al tribunal de tutelas para limitar o negar el derecho al cuidado de la persona. Orientación ésta, hoy desaparecida y cambiada por la fórmula que Lehmann considera óptima: "La mejor protección de la juventud reside en una protección de la familia bien orientada." Bajo cuya fórmula la

misión del Estado es prestar apoyo a los padres en su derecho y obligación de educar a sus hijos.

La tercera parte recoge el Derecho de tutela. Después de examinar su concepto y misión, sus modalidades y brevemente su historia, pasa a tratar en tres títulos de la tutela de los menores, de la de los mayores y de la curatela.

En la introducción que precede a dichas tres partes se analizan el concepto, carácter y reglamentación legal del Derecho de familia, así como las fuerzas impulsoras y directrices de éste, haciendo una crítica de conjunto del B. G. B. Al final de esta introducción—páginas 38 y 39—se inserta una selecta bibliografía alemana sobre Derecho de familia.

No dudamos que esta versión castellana del libro de Lehmann, tan acertadamente concebido y tan rigurosamente trabajado, hasta el punto de ser fundamental para el conocimiento del Derecho de familia alemán, será objeto de una bien merecida acogida entre nosotros.

M. ALBALADEJO

Catedrático de Derecho civil.

MAPELLI, Enrique: "Procedimiento ante las Juntas de Detasas o Tribunales de Comercio para los Transportes Terrestres". Ediciones Jura. Madrid, 1952; 168 págs.

Corresponde el presente volumen al número 50 de las publicaciones del Instituto del Transporte, y en él se recogen, con un sentido eminentemente práctico, las cuestiones más interesantes que pueden plantearse en la materia, estudiando el proceso ante las Juntas de Detasas y sus peculiaridades, todo ello, con un afán de divulgación muy plausible.

Como el propio autor advierte en el Prólogo, se eluden las cuestiones procesales de índole general, y respondiendo a la finalidad de la obra se insertan en ella una serie de formularios para facilitar la redacción de los diversos escritos a que puede haber lugar.

Los formularios corresponden exclusivamente a los escritos de las partes, faltando, en cambio, los correspondientes a las resoluciones, sentencias, etc., dimanantes de las Juntas.

La obra llena, en general, la finalidad a que está destinada, pero carece de valor científico y doctrinal.

J. S. B.

MESSINEO, Francesco: "Manuale di Diritto civile e commerciale". Octava edi., ampliada y reformada, vol. III-1.^a Milano, 1953; un volumen de 569 págs.

Entre las figuras, ya señeras, de los privatistas italianos, como sucede con la de Francesco Messineo, se produce un movimiento de revisión y actualidad logrado con la madurez de quien en la enseñanza de su dis-

ciplina rindió los mejores frutos. Tal es el fruto que con el "Manual de Derecho civil y mercantil", nuevamente ampliado y reformado, ofrece el autor en la octava edición.

Esta obra de Messineo tiene un gran alcance y significado en el momento presente cuando la polémica en torno al tema central del Derecho civil actual (la de su crisis y transformación) es más intensa. El autor, con la maestría de quien está en la firmeza de sus convicciones y en la posesión de una experiencia teórica y práctica, elabora una trabazón sistemática y completa de las instituciones que, la mayor parte de la doctrina, ve escindidas en dos amplios sectores (civil y mercantil). Frente a una posición disgregadora e ineficaz, Messineo pretende una visión conectada y unitaria en la que, por lo demás, las instituciones se desarrollan y mueven con una personalidad particularizada e independiente. No se trata de dar esquemas generales sobre los que una u otras figuras discurran. El autor destaca la fluencia de las relaciones jurídico-sociales y estudia particularmente sus manifestaciones. Dentro de los moldes clásicos, Messineo expone con concisión y firmeza los rasgos más sobresalientes del nuevo Código civil y de las actuales leyes especiales.

En este volumen primero, del tomo tercero estudia las relaciones obligatorias especiales siguientes: la donación; la compraventa; la compraventa en bolsa; el suministro; el contrato estimatorio; la permuta; la locación en general; el arrendamiento rústico y urbano; el contrato de Empresa; el transporte; el fletamento; el contrato de obra; el contrato de trabajo; el depósito; el secuestro convencional y la sociedad.

La teoría unitaria que Messineo pretende en su "Manual" se advierte a través de todas las instituciones analizadas, pero, muy particularmente, adquiere gran relieve en materia de sociedad. Se advierte su estructura trabada y uniforme a través de su estudio y sistematización. Así, aborda en un primer capítulo el análisis de la "sociedad en general". La sociedad como negocio jurídico, o como organismo, y de las relaciones que de ello se derivan, son el primer punto tratado. Además, se exponen problemas sobre si la sociedad es un contrato plurilateral, una relación orgánica, fuente de obligaciones y relaciones de participación, o bien una relación de duración. Cuestiones generales sobre la sociedad, como resultado de la transformación de una Empresa individual; la pluralidad de socios; las relaciones sociales internas; la dependencia económica, y la dependencia jurídica del patrimonio social, así como la naturaleza del derecho del socio sobre el patrimonio social; sociedad y comunidad; estabilidad de la sociedad; sociedad y asociación en general; sociedad y relación de trabajo; la sociedad como institución; tipos de sociedad y la sociedad fiduciaria.

Messineo estudia, además, los tipos de sociedad. Comienza por la sociedad simple y pasa a las sociedades mercantiles: a) la sociedad colectiva, y b) la sociedad en comandita simple. La sociedad por acciones es objeto de una extensa consideración. Se concluye con la exposición de la sociedad en comandita por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad cooperativa y la sociedad mercantil atípica, abor-

dándose las cuestiones de transformación, fusión, concentración de sociedades mercantiles, así como la sociedad extranjera. El último párrafo es dedicado a las sociedades mercantiles y los procedimientos concursales.

José BONET CORREA

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES. Dirección General de Relaciones Culturales: "Índice Cultural Español", núms. 90, 91 y 92, julio-septiembre 1952.

Merece especial mención el lugar destacado que ocupa en la publicación que se reseña, las numerosas conferencias pronunciadas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, así como en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, cuya tribuna fué ocupada por los señores David, Rodríguez Jurado, Solá Cañizares, Azpiazu Ruiz, Weber y Lamo de Espinosa, así como las que fueron pronunciadas en el Colegio de Abogados de Madrid, en la Escuela Social y Facultad de Derecho de la Universidad Central. El número correspondiente a septiembre reseña las conferencias pronunciadas respectivamente por don Antonio Hernández Gil, en el sexto curso de verano de Molino Viejo, sobre "El Derecho social como renovación de las ideas de justicia", así como la de don Enrique Zarandíeta, en el Colegio de Abogados de Madrid, sobre el tema "El Abogado ante la casación".

Las obras reseñadas recogen, como siempre, todas las novedades aparecidas en materia jurídica, siendo particularmente completa la reseña de las revistas aparecidas en el período a que las mismas se refiere.

R.

SANTOS PASTOR, Angel: "Propietarios, colonos, inquilinos". Tomo I, Arrendamientos rústicos. Tercera edición. Un volumen de 348 páginas. Valladolid, 1952.

El ilustre abogado del Colegio de Palencia don Angel Santos y Pastor sigue mejorando su obra titulada "Propietarios, colonos, inquilinos", que muy justamente le confiere la categoría de especialista de la relación arrendaticia. El volumen que iba adquiriendo su obra comprensiva de los arrendamientos rústicos y de los urbanos le ha llevado a separar ambos, en esta tercera edición, dedicando el tomo I, que es al que dedicamos este comentario, al arrendamiento de la tierra. La rapidez con que se han agotado las dos ediciones anteriores atestigua la estima con que el público recibe toda la producción de este jurista.

El libro se compone de tres partes: la primera comprende las disposiciones legales desde la fundamental de 15 marzo 1935 hasta el Decreto de 14 junio 1952, regulador de la campaña de cereales y leguminosas de 1952-53. En esta parte se encuentra todo el derecho vigente en materia arrendaticia rústica.

La última parte tiene un repertorio de formularios contractuales y de escritos judiciales altamente práctico para la formalista vida contractual característica de los tiempos que corremos.

Pero la parte más personal e interesante, con serlo también la última a que acabamos de referirnos, es la segunda, de casi 200 páginas, donde el autor hace la sistematización y comentario del material legislativo arrendatario rústico que forma la primera parte. Comprende 12 capítulos o apartados, en los que ordenadamente se van estudiando el ámbito de aplicación de la ley especial, renta, su revisión y repercusión contributivas, cultivo directo y personal, arrendamientos colectivos, duración de los contratos, transmisión de fincas arrendadas y retracto arrendaticio, contenido del arrendamiento, derechos y obligaciones de arrendador y arrendatario, extinción, régimen de las aparcerías y materia procesal.

El tono de los comentarios, sin pretensiones científicas, que no se las propone el autor, es de sencillez y claridad. Recoge las opiniones más autorizadas de la doctrina de otros comentaristas y nunca deja de citar fallos del Tribunal Supremo pertinentes y a veces muy poco conocidos, por lo que, en este sentido, es una obra muy útil de consultar incluso a los profesionales.

Jamás rehuye su opinión en puntos discutidos y sus puntos de vista siempre están bien meditados y fundados. Particular relieve tienen, dentro de la obra, las páginas que dedica al retracto arrendaticio, en las que se extiende en consideraciones dedicadas a los problemas que plantean los nuevos textos legales reformadores de la fundamental ley de 1935.

En resumen nos hallamos ante un buen libro, muy práctico y útil, no sólo para propietarios y colonos, a los que va dirigido, si que también para los profesionales.

Ignacio SERRANO

VISCO, Antonio: "La disciplina giuridica delle case in condominio". Cuarta edición. Milano, 1953. Un tomo de 436 páginas.

El veterano jurisperito italiano Antonio Visco ofrece hoy día una cuarta edición de su libro sobre la comunidad de casas por pisos. Desde su primera publicación de la obra, que recogía la disciplina jurídica contenida en las pocas normas del Código civil dentro del título de las servidumbres (arts. 562 a 563 del Código de 1865) y las aportaciones doctrinales de Ferrini-Pulverenti, Coviello, Butera, Vitalevi y Ramponi, hasta la actualidad, perfectamente regu'ada por el novísimo Código civil (arts. 1.117-1.139), la jurisprudencia y, especialmente, los nuevos estudios de Guidi, Butera, la visión dogmática de Salis, o bien la técnica de Rizzi, o ya la práctica de Branca, Visco presenta un panorama completo.

El autor analiza, pues, de un modo exhaustivo, los problemas del condominio de las casas por pisos. Comienza por la evolución histórica y el análisis de la naturaleza jurídica de la institución; examina las

partes comunes del edificio en condominio; las facultades de uso y de disposición sobre las partes comunes del edificio; las innovaciones sobre la cosa común; los repartos de los gastos comunales; el derecho de elevación sobre lo edificado en condominio; la administración en condominio; el servicio de portería; la naturaleza y eficacia de los reglamentos internos; la usucapión entre los condóminos; destrucción y reconstrucción del edificio en condominio y la tutela del condominio en la vía judicial.

La obra está elaborada con un criterio pragmatista, puesto que su preocupación no es el crear ni realizar una teoría abstracta, sino tan sólo el adaptar la norma jurídica, en su interpretación y aplicación a la realidad concreta y a las exigencias prácticas de la institución. El mismo Visco es consecuente con tal postura al creer que en el campo del condominio estos principios son indispensables, pues no es posible una rigidez dogmática en la comunidad de casas por pisos, ya que el catalogarla en la teoría de la comunidad, o de la superficie, o de las servidumbres es inútil. El complejo y multiforme aspecto que contiene obliga a adoptar un régimen de coexistencia de intereses, aunque sin perder de vista los intereses superiores de la colectividad comunal.

El autor sigue en este libro una dirección evolutiva y reacciona contra la concepción tradicional del condominio que lo ve como un *status quo* y niega la licitud de toda variación o modificación de la situación de hecho y hace que funcione el *ius prohibendi*. A su juicio, tal modo de concebirla condena a la institución al estancamiento y la cristaliza. Dado el paralelismo de nuestra legislación vigente con la italiana en materia de casas por pisos, la obra de Visco es de gran interés y utilidad para el campo jurídico español.

José BONET CORREA

WINDFIELD, P. H.: "The law of quasi-contracts". London, 1952.

Este libro trata principalmente del concepto y ámbito del cuasi-contrato en el Derecho inglés y secundariamente en el Derecho norteamericano. Windfield rechaza enérgicamente la concepción del cuasi-contrato como contrato implícito o presunto ("implied contract") y propone la siguiente definición: "obligación por la que se impone a un particular el pago de una cantidad de dinero a favor de otro particular, que no puede incluirse en ninguna otra rúbrica del Derecho y que se basa en que si no se hace dicho pago, ello atribuiría a la primera persona un beneficio injusto". El acento de la definición recae sobre concepto de *beneficio* injusto, y se insiste en que no se requiere un *enriquecimiento* injusto, sino que basta para que nazca la obligación que resulte un beneficio no justificado. El ámbito del cuasi-contrato es, pues, más amplio que el de la acción de enriquecimiento injusto y que el que le atribuye nuestro Código civil. Enumerándose como "cuasi-contratos puros" a las obligaciones resultantes de las siguientes situa-

ciones: entrega carente de causa ("consideration"), salvamento, pago por error, trabajo realizado valioso (por "quantum meruit"), depósito de puesta o premio, pago hecho con finalidad ilegal abandonada, pago por encargo de tercero, pago en favor de tercero no voluntario, alimentos suplidos a la mujer casada, ganancia de un agente no autorizada. Se examinan, además, los pseudo cuasi-contratos, los cuasi-contratos que originan una obligación, pero alternativamente con otra figura de obligación, los cuasi-contratos dudosos y la equidad y el cuasi-contrato. El libro comienza con un cuidadoso esquema histórico y concluye con una sucinta referencia al Derecho norteamericano. La obra, conforme a la técnica jurídica inglesa, está fundamentalmente dedicada al examen de los casos resueltos por la jurisprudencia, y de ellos se procuran extraer reglas, lo que se hace señalando "distinciones" y "excepciones" a la manera escolástica, aunque con menos lógica y hasta, a veces, por contradicciones o poca claridad, concluyéndose en una confesión de perplejidad. Ello hace penosa la lectura y le quita interés para el jurista español, incluso cuando se tratan—incidental, pero extensamente—cuestiones tan importantes como la del "error iuris" y la recuperación del dinero ya mezclado.

El mayor atractivo del libro de Windfield estará, para el lector español, en la narración de cómo la figura del cuasi-contrato se ha ido imponiendo en los países anglosajones y en que, su misma publicación, puede considerarse como síntoma de su consagración definitiva en el Derecho inglés (1).

En el Derecho continental, la doctrina más moderna (2) considera plenamente superada la categoría del cuasi-contrato. Mas dada la admisión que, desde el fin de la segunda guerra mundial, muestran algunos círculos de juristas por el Derecho norteamericano, asalta la duda de si el cuasi-contrato no "volverá a llevarse". Retorno a la moda del pasado—y ha de confesarse humildemente que los hombres de ciencia también obedecen a sus caprichos—que pudiera verse favorecido por la importancia concedida en la doctrina alemana a las llamadas "relaciones contractuales fácticas" (3), y respecto de las que se observó que no eran distintas de las antes denominadas cuasi-contractuales (4). La cuestión tiene importancia, aunque sólo sea de orden secundario (5); se trata de elegir nombre para una serie de obligaciones que no son contractuales ni delictuales, teniendo en cuenta su analogía y sus diferen-

(1) En el norteamericano se aceptó mucho antes; en 1893 publica KEENER un Tratado sobre el cuasi-contrato y en 1937, el Instituto de Derecho americano lo recoge como admitido generalmente en el *Restatement of the law of Restitution*.

(2) Recogida de modo muy completo por ORTEGA, *Cuasi-contratos atípicos*, en este A. C. D., I, 2.ª (1948), págs. 502 y ss.

(3) HAUPT, *Über Faktische Vertragsverhältnisse*, 1941.

(4) LEHMANN, en su crítica al libro de HAUPT, J. J. 90, págs. 131 y sig.

(5) Exagera SCHULZ al negarle todo valor práctico, *Classical Roman Law*, 1951, página 470.

cias con las contractuales y la respectiva ventaja que puede tener utilizar—aunque con un contenido más amplio—el viejo rótulo del cuasi-contrato o bien intentar generalizar uno nuevo, como el de “contratos fácticos” (6) o el de “relaciones obligatorias resultantes de una conducta social típica” (7).

F. de C.

(6) ESSER, B. G. B., *Schuldrecht*, 1949, pág. 20.

(7) LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1953, I, pág. 27.

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTE GUANTER y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

BENEYTO PÉREZ, Juan: *La ciencia del Derecho en la España de los Reyes Católicos*.—Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid. Tomo XXVI (194). Núm. 5; mayo 1953; págs. 563-581.

Rápida visión del panorama jurídico científico en la época de los Reyes Católicos. Comienza señalando cómo la enseñanza y la Magistratura eran las dos esenciales manifestaciones del Derecho. Indica los libros más corrientemente manejados y el cuadro general de la legislación vigente. A continuación se refiere a cómo va surgiendo una literatura jurídica española, recordando nombres ilustres que gozaron de gran importancia y termina con alusiones al problema de si se formó o no una escuela castellana autónoma.

BIONDI, Biondo: *Scienza giuridica e linguaggio romano*.—Ius. Milano. Año IV, fascículo 1, marzo 1953; págs. 15-41.

Es grande la influencia del lenguaje jurídico romano en el universal. No obstante, en Roma el lenguaje jurídico no fué nunca técnico: las palabras varían con el tiempo y tienen significados diversos en la época clásica y en la justiniana. La cuestión filológica y la conceptual han sido objeto de estudio, pero sin armonización; un intento en este sentido es el artículo de Biondi. Pone de manifiesto cómo el Derecho tomó inicialmente las palabras con su significado vulgar y corriente; de la misma forma que se convierten en jurídicas las relaciones sociales, devienen jurídicas las expresiones corrientes. A continuación se examinan brevemente algunos de los más importantes términos y expresiones jurídicas: Jurisprudencia, Ius, Estado, Derecho público y privado, equidad, acción, dominio, obligatio, etc.

La historia del lenguaje romano del Derecho demuestra claramente el tránsito de lo vulgar y usual a lo técnico; de la expresión al alcance de todos a la expresión patrimonio del jurista, no por cambio de palabra, sino por paulatina tecnificación de su significado. No obstante, el lenguaje jurídico romano no fué "técnico" en el moderno sentido, lo cual no autoriza a discutir la existencia de una auténtica ciencia del Derecho en Roma.

BIONDI, Biondo: *Diritto Romano e Marxismo*.—Ius. Milano. Año IV, fascículo 1, marzo 1953; págs. 130-141.

El profesor Biondi somete a certera crítica las afirmaciones del *romanista* de Praga Bartosek, que propugna un "nuevo enfoque" en los estudios del Derecho romano: un enfoque marxista, una visión económica y materialista;

en definitiva, una consideración a la luz del materialismo histórico. La postura de Bartosek se encierra en estas palabras: "Debemos partir siempre de la base económico social, acentuar la sustancia clasista de todos los fenómenos del Derecho romano..." Siguiendo las ideas aludidas, el Derecho romano dejaría de ser una ciencia; el romanista, un jurista: para convertirse en un elemento de política.

Comprendible es que el comunismo prescinda del Derecho romano y hasta le odie, como contrario a sus postulados. Lo absurdo y curioso, y además inadmisiblemente científico, es que pretenda hacer de él un instrumento para su política.

BONET RAMÓN, Francisco: *Las instituciones civiles*.—Revista de Derecho Privado (Madrid). Año XXXVII, núm. 432, marzo 1953; págs. 186-214.

Después de conceptuar la institución jurídica como el sistema de las normas que regulan una misma relación jurídica, pasa revista a la doctrina tradicional en cuanto al contenido del Derecho civil (persona, familia, patrimonio). Entre las "doctrinas reformistas", distingue las concepciones restrictivas (patrimonialización del Derecho civil, autonomía del derecho de familia y del inmobiliario) y a las concepciones extensivas. Para el autor, el contenido del Derecho civil lo forman como base la personalidad, asociación, familia y patrimonio.

La segunda parte del trabajo está formada por un examen de la influencia que las modernas tendencias políticas han tenido en el campo del Derecho civil: socialismo, marxismo, reacción contra el individualismo. Ello tiene al ordenamiento jurídico de unas tendencias socializadoras, publicistas, espiritualistas.

LAWSON, F. N.: *La Razionalità del Diritto Inglese. Studio Primo. Fonti e carattere generale del Diritto*.—Ius. Milano. Año IV. fascículo 1, marzo 1953; págs. 52-70.

Constituye el trabajo la primera de cuatro conferencias pronunciadas por el autor sobre la que llama Racionalidad del D. inglés. Esta disertación inicial se refiere a las fuentes y caracteres generales del Derecho. Después de aludir a la diferencia entre racionalidad y arbitrariedad del Derecho, considera la primera como el modo justo e inteligente de que el ordenamiento jurídico pueda servir para realizar un fin político, reconocido o reconocible. Señala la diferencia que en materia de Fuentes hay con el D. continental, explicando el significado de la expresión "Derecho No Escrito". Alude a la continuidad del Derecho inglés en el tiempo, en el espacio y en el contenido.

Después de referirse a la doctrina del precedente, ofrece algunas indicaciones sobre la Equity como cuerpo de Derecho distinto al Common Law, y termina destacando el carácter profesional del Derecho de Inglaterra.

LUNDSTEDT, Vilhelm: *Romersk civrätt. Ett radioföredrag*.—Derecho civil romano. Conferencia radiada; Svensk Juristtidning, abril 1953; páginas 145-152.

Según el profesor Lundstedt, la influencia del Derecho romano ha sido con-

siderable en el desenvolvimiento del Derecho sueco, tanto en el de cosas (partiendo del "dominium") como en el de obligaciones (aceptando incluso la clasificación romana de las fuentes); ello le lleva a una exposición de la historia del Derecho civil romano como base de nuestra civilización occidental, para la cual ha tenido mucha más importancia el Derecho romano que el germánico. Y admira a los romanos porque fueron capaces de configurar un Derecho que después ha podido ser aplicado en naciones muy diferentes, a pesar de que, según él, se inspiraba profundamente en el misticismo y la superstición. ¿Cómo fué ello posible? Gracias a dos factores: a las posibilidades que su indeterminación ofrecía a los intérpretes, y a su oportuna aceptación (a partir del año 200 después de J. C.) de un derecho natural, sin lo cual no habría podido ayudar a la formación de la cultura occidental. Aunque en la actualidad no sea posible tolerar la fuerza que quiere darse a tales especulaciones en perjuicio del Derecho constituido.

A. C.

SCARPELLI, Uberto: *Elementi di analisi della proposizione giuridica*.— Ius. Milano. Año IV, fascículo 1, marzo 1953; págs. 42-51.

Considera la proposición jurídica como un "compuesto de palabras significativas en un lenguaje intersubjetivo que conecta determinados hechos, como condición jurídica (*fattispecie*), a otros hechos como consecuencia jurídica". El lenguaje que designa la proposición es el lenguaje jurídico. Con este punto de partida el autor estudia y analiza la estructura de la proposición jurídica en sus diversos elementos, utilizando la explicación que Betti da de la estructura de la norma.

Separadamente se consideran las hipótesis de hecho y las consecuencias jurídicas, indicando su posible reducción (proposición de reducción) a hechos simples e iniciales designables con un lenguaje corriente.

WELINDER, Carsten: *Nagot om motivens betydelse för lagtolkning* (Algo sobre el significado de los motivos para la interpretación de las leyes).—Svensk Juristtidning, marzo 1953; págs. 78-89.

Los motivos contenidos en la exposición que precede a toda ley deben servir sólo como indicadores del pensamiento del legislador y pueden convencer al Juez de la exactitud de una apreciación, pero no tienen fuerza vinculadora porque no constituyen normas jurídicas que el Tribunal haya de seguir las considere acertadas o no. Pero muchos juristas prácticos los dan tanta importancia, que a veces, en Suecia, resultan de hecho decisivos. Se dice, en efecto, que si una ley es una exteriorización de la voluntad del legislador, la interpretación debe buscar la voluntad expresa o presunta. Pero este *principio subjetivo de interpretación* tiene muchos puntos débiles: en primer lugar sienta la ficción de que una exposición de motivos parte del "legislador", y que en ella se expresan las verdaderas razones. En segundo lugar, la sujeción a la voluntad del legislador actuará como rémora si cambian las concepciones jurídicas generales. Tercero, no tiene en cuenta que también han de revelar la voluntad del le-

gislador otras circunstancias que determinaron o impulsaron la ley. Y cuarto, que el lego puede parecer que pelagra la seguridad jurídica si las sentencias no se ajustan al texto de la ley. El autor insiste en que en muchos casos es preferible el *principio objetivo de interpretación*, que sólo toma en cuenta el texto de la ley como algo ya independiente del legislador.

A. C.

2. Derecho de la persona.

SAPENA, Joaquín: *Negocios jurídicos sobre títulos nobiliarios*.—Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid). Año XXIX, núm. 300, mayo 1953; págs. 355-369.

Después de indicar la nueva puesta en vigor de la legislación sobre Grandezas y Títulos vigente en 14 de abril de 1931, señala las características del negocio jurídico sobre títulos nobiliarios indicando el porqué de la improcedencia de ciertos tipos de negocio. A juicio del autor, los negocios jurídicos admisibles sobre títulos nobiliarios son cuatro: cesión, renuncia, testamento y contrato sucesorio. Analiza separadamente cada uno.

3. Derechos reales.

CÓRDOVA, Luis F.: *La propiedad de las comunidades indígenas*.—Revista del Foro (Lima). Año XXXIX, núm. 3, septiembre-diciembre 1952; páginas 423-432.

Considerando el autor que las comunidades indígenas constituyen una pesada carga para el país, entiende, no obstante, necesaria su protección en tanto existan. Ante la confusa situación legal de sus propiedades, bosqueja su historia y situación actual, fijándose especialmente en lo relativo al objeto de esta propiedad y en la imprescriptibilidad decretada a partir de 1920.

FENECH NAVARRO, Miguel: *Recezione dell'ipoteca nel diritto processuale*. Ius. Milano. Año IV, fascículo 1, marzo 1953; págs. 99-121.

Este trabajo, cuando apareció en una revista española (Revista Esp. de D. Proc.), fué reseñado por no otros en el anterior número de este ANUARIO. A él remitimos al lector.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La impugnación y efectos de los actos administrativos dictados en materia de concentración parcelaria*.—Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid). Año XXIX, núm. 300, mayo 1953; págs. 321-348.

Comienza refiriéndose al problema agrario en España y señala las funciones administrativas en materia agraria: colonización, parcelación y concentración parcelaria. Hace una crítica de la Ley de 20-XII-52 e indica cómo el pro-

cedimiento de concentración parcelaria es un acto administrativo. Después de estudiar sus requisitos, se refiere a su impugnación (ante los órganos administrativos, ante los órganos jurisdiccionales) y a sus efectos (civiles, registrales, económicos).

GUTIÉRREZ, Emilio: *Necesidad del cese obligatorio en la comunidad de bienes susceptible de división*.—Revista Jurídica Nicaragüense. Managua (Nicaragua). Número 1, enero-febrero-marzo 1953; págs. 25-31.

En la vida rústica de Nicaragua la copropiedad plantea muy difíciles problemas. Ello justifica, según el autor, la necesidad de arbitrar un procedimiento para lograr el cese obligatorio de ciertas comunidades. El autor propone: una labor registral preparatoria, determinación de las copropiedades a extinguir, formación de unos Juzgados departamentales especiales, etc.

4. Obligaciones y contratos.

BADANI, Rosendo: *De la lesión en el Código civil de 1852 y el Código civil de 1936*.—Revista del Foro (Lima). Año XXXIX, núm. 3, septiembre-diciembre 1952; págs. 395-404.

Con motivo del centenario del Código civil peruano de 1852, el autor recuerda la excelente regulación que hacía dicho Código del instituto de la lesión. Compara con la precaria regulación del Código de 1936, ofreciendo una ligera visión de la institución en el Derecho histórico y comparado.

GULDBERG, Harry: *Ombristande förutsdtivngarna vid avtal* (Sobre la falta de las presuposiciones en el contrato).—Svensk Juristtidning. Enero-febrero 1953; págs. 1-13.

¿Qué pasa en un contrato cuando una determinada situación presente o futura que se dió por supuesta (la "Voraussetzung" de Windscheid) resulta no existir o no poder existir? El afectado reclamará la invalidez del contrato. La contraparte se opondrá porque tal situación nunca se consideró una condición. Ahora bien, ¿qué presuposición, caso de faltar, puede determinar la invalidez del contrato? Aquella de la cual pueda decirse que al faltar hizo gravemente errónea la voluntad de uno de los contratantes. El ordenamiento legal sueco y la doctrina científica permiten dar tal efecto a una presuposición, aunque falte el apoyo de una concreta disposición legal, cuando conocida la situación de hecho sea contrario a la buena fe exigir el cumplimiento del contrato. El legislador se ha abstenido de penetrar en más detalles por falta de madurez del problema y por falta de ejemplos en los ordenamientos extranjeros. La cuestión queda, pues, al arbitrio de los Tribunales, que en general han mostrado cautela al aceptar por este motivo la invalidez de un contrato. La doctrina nórdica ha conformado dos principios orientadores: el subjetivo, según el cual la relevancia de la presuposición dependerá de la voluntad presunta de las partes; y el objetivo, según el cual tal relevancia habrá de apreciarse según criterios objetivos como el derecho escrito o la práctica.

PÉREZ FERNÁNDEZ, José: *El beneficio de continuidad en el inquilinato otorgado por el artículo 71 de la L. A. U. y la adopción*.—Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid). Tomo XXVI (194), número 5, mayo 1953; págs. 583-593.

A juicio del autor, el legislador, en el artículo 71 y en el 72 de la LAU, ha excluido de forma deliberada y consciente a los parientes adoptivos del beneficio de continuar el arrendamiento de la vivienda, contrastando con el criterio adoptado en el arrendamiento de local de negocio, en el que el beneficio se otorga al "heredero" sin más especificación.

Crítica la exclusión aludida, recoge dos sentencias de Juzgados de Primera instancia (una otorga el beneficio al hijo adoptivo y otra le niega) y propugna, en una revisión de la Ley, la concesión expresa del beneficio de continuación a los parientes adoptivos.

ROHDE, Knut: *Om begreppet vardslöshet* (Sobre el concepto de negligencia).—Svensk Juristtidning, agosto-octubre 1952; págs. 696-700.

Como ha hecho resaltar Lundstedt, decir que es negligente una actuación civil cuando no se procede con la diligencia de un buen padre de familia es un círculo vicioso, porque un diligente padre de familia será así el que no actúa en la forma considerada negligente por el Tribunal. Puede evitarse este círculo vicioso atendiendo al grado de prudencia típico en cierto grupo humano, siempre que este grupo quede definido por otros datos que ese grado de prudencia. Por ejemplo, dicho grupo humano puede circunscribirse a las personas que suelen enfrentarse con el problema en cuestión. Pero tampoco puede juzgarse lo negligente de una actuación sin tener en cuenta su relación con un efecto no deseado, es decir: a) Si concurren circunstancias que comportan riesgos de consecuencias no deseadas; b) Si las personas del grupo indicado, con conocimiento de estas circunstancias, perciben tales riesgos, y c) Si el riesgo es de tal entidad que prefieren evitarlo.

A. C.

RUBINO, Domenico: *La responsabilidad por defecto de calidad en la compra-venta y sus diferencias con la garantía por vicios según el Código civil italiano*.—Revista de Derecho Privado (Madrid). Año XXXVII, número 432, marzo 1953; págs. 165-186.

Si bien el nuevo Código ha mantenido la distinción entre vicios y defectos de calidad, ha reducido tanto las diferencias con relación al Código de 1865 que tal distinción sustancialmente ya no existe, no obstante su formulación legal.

Distingue el artículo 1.497, párrafo primero, entre calidades esenciales por el destino de la cosa y calidad prometida. Tras estas indicaciones generales, el autor analiza la reglamentación del defecto de calidad: distingue entre defectos conocidos, reconocibles y ocultos (comparando con los vicios), señala los supuestos de existencia e inexistencia de culpa por el vendedor, indica hasta dónde debe llegar la tolerancia del comprador (art. 1.497, primero, en relación con el art. 1.455 y 1.178), añade algunas consideraciones sobre el significado de la cantidad y sobre la posible relevancia del error en la calidad de la cosa.

VIERA, Carlos Alfredo: *Validez de los pactos contractuales para prevenirse de la inestabilidad monetaria en nuestro Derecho Positivo.*—Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo). Año VIII, núm. 80, enero 1953; págs. 3-34.

Pone de manifiesto la inestabilidad monetaria actual y alude a los medios de lucha contra ella (cláusulas estabilizadoras). Examina las fases por que ha pasado el sistema monetario uruguayo, indicando que actualmente es un sistema de papel moneda sobre la base de inconvertión y curso forzoso. A continuación, y ya en relación al sistema uruguayo, estudia las cláusulas de estabilización: pago en oro (nula), valor oro (nula), moneda extranjera (nula), pago en mercaderías (válida) y cláusula de revisión periódica (válida). ¿Cuáles son los efectos de la nulidad? Señala los tres sistemas: nulidad del contrato, del pacto estabilizador, arbitrio de las partes. Acepta el segundo sistema.

WELAMSON, Lars: *Om massafordran i konkurs* (De los créditos contra la masa en el concurso).—Svensk Juristtidning, junio-julio 1952; páginas 401-437.

La ley sueca del concurso (institución que comprende a la vez nuestra quiebra y nuestro concurso) distingue entre acreedores del concursado que como tales participan en el concurso como masa pasiva (acreedores de la masa) y acreedores del concursado como titular de los bienes en concurso (acreedores contra la masa). El autor circunscribe su trabajo a la investigación del tratamiento jurídico debido a estos acreedores últimos, tan impreciso en la ley sueca como en la francesa o en la inglesa; aunque ésta tiene disposiciones sobre la prioridad a favor de los gastos de la quiebra, nada dice tampoco sobre los demás créditos contra la masa. En estos ordenamientos es incierta toda garantía de pago a favor de los acreedores contra la masa. Una quiebra especial de la masa no ha tomado cuerpo en el Derecho francés. En cambio, en la doctrina noruega y en la finlandesa se acepta en general que puede provocarse tal quiebra especial, de modo que los acreedores contra la masa sean tratados según las mismas reglas que valen para los acreedores de la masa. Para la ley alemana tal quiebra especial de la masa no es posible.

A. C.

5. Derecho de familia.

GIACCHI, Orio: *Sul matrimonio in Italia.*—Ius. Milano. Año IV, fascículo 1, marzo 1953; págs. 95-98.

En una apostilla a un artículo de Bigiavi, Antonio Scialoja ha lanzado unas afirmaciones muy duras contra el sistema matrimonial italiano que indirectamente parecen dirigidas contra los derechos de la Iglesia.

En el presente trabajo, y con miras estrictamente jurídicas y no políticas, el profesor Giacchi hace una ponderada y breve crítica de las afirmaciones de Scialoja.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *¿Existe la posibilidad de autotutela en nuestro Derecho?*—Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid). Año XXIX, núm. 300, mayo 1953; págs. 349-354.

¿Puede una persona designar para el futuro su propio tutor? El autor contesta en sentido afirmativo sólo con relación al loco o demente que, antes de serlo, se autodesigne su futuro tutor. Entiende que la forma de designación sería un "sui generis" mandato tutelar de carácter unilateral.

6. Derecho sucesorio.

OLAVARRÍA TÉLLEZ, Angel: *Notas sobre el legado de parte alicuota.*—Revista de Derecho Privado (Madrid). Año XXXVII, núm. 437, mayo 1953; págs. 397-424.

Comienza con unas consideraciones de carácter general, pasando a examinar después el concepto de heredero en el Derecho romano (aunque que más que de sistema subjetivo califica de formalista) y en el Código civil. Analiza a fondo el artículo 660 y las diversas doctrinas propuestas en torno a la distinción entre heredero y legatario y entre sucesión a título universal y a título singular.

Toma después en consideración los artículos 668 y 675, formulando algunas conclusiones.

En la segunda parte del trabajo analiza las doctrinas que admiten y niegan el legado de parte alicuota, los textos legislativos de nuestro Derecho (sobre todo, el art. 655 C. c.), viniendo a considerar al legatario de p. a. como acreedor del heredero.

Termina con una leve consideración de la Jurisprudencia.

II. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

AYASTA GONZÁLEZ, Julio: *La reforma del Código de Comercio.*—Revista Jurídica del Perú (Lima). Año IV, núm. 1, enero-marzo 1953; páginas 1-40.

El Código de Comercio peruano de 1902 (el español de 1885) necesita urgentemente de una reforma. El autor examina y justifica la cuestión, analiza los intentos de reforma, propugna una reforma total y ofrece un esquema de la que podría ser la sistemática del nuevo Código.

2. Sociedades mercantiles.

MOSSA, Lorenzo: *Esencia de la Sociedad de responsabilidad limitada.*—Revista de Derecho Privado (Madrid). Año XXXVII, núm. 434, mayo 1953; págs. 381-397.

La esencia de la Sociedad de responsabilidad limitada no está en ser una Sociedad personalista o capitalista (problema debatido), sino que estriba en la

existencia de una empresa revestida de una forma jurídica social. Destaca cómo en el Derecho italiano la Sociedad de responsabilidad limitada va íntimamente ligada a la idea de Empresa: es una forma de la Empresa mercantil, es una Empresa organizada en forma de persona jurídica.

Estúdiase después el mecanismo de la limitación de responsabilidad organizado en base a estos dos principios: 1), la Sociedad responde ilimitadamente. 2) En la Sociedad se responde limitadamente. El autor termina con consideraciones en torno a los órganos y a la organización de la Sociedad, todo ello con referencia al Derecho italiano.

RIPERT, Georges: *La vigilancia de los administradores por parte de los accionistas de la Sociedad.*—La Ley (Buenos Aires). Tomo 70, 29 de mayo de 1953; págs. 1-2.

Se fija en el estado actual de la Sociedad Anónima que está ya muy lejos de ser un contrato. Para el autor es una "institución jurídica destinada a la agrupación de capitales obedeciendo formas legales". Ante tal situación, describe algunos actos intervencionistas de la conducta de los administradores por parte del accionista. Indica cuáles deben admitirse y cuáles no.

VELASCO ALONSO, A.: *La prima de emisión en las ampliaciones de capital en las Sociedades Anónimas.*—Revista de Derecho Privado (Madrid). Año XXXVII, núm. 432, marzo 1953; págs 214-219.

Analiza las disposiciones que bajo el nombre de "prima de emisión" ha dejado vigentes el Decreto de 14 de diciembre de 1951: artículo 8.º de la Ley 31-XII-46, Orden 11-V-49, Decreto-ley 2-II-51, Orden 26-III-52 y Orden 19-I-52.

3. Derecho marítimo.

DOMINGO RAY, José: *El agente marítimo. Responsabilidad y personería en juicio, por derechos u obligaciones de los armadores.*—La Ley, Buenos Aires, tomo 70, 27 de mayo de 1953; págs. 1-6.

Describe a grandes rasgos el cargo de agente marítimo, sus funciones, responsabilidad y remuneración e indica la diferencia con el consignatario. Después de indicar la legislación vigente, se refiere a la cuestión de su comparecencia en juicio en nombre del capitán, o armador y al problema de su responsabilidad; distingue la responsabilidad frente al Fisco y la existencia frente a los particulares.

Propone una reglamentación.

III. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

PRIETO PRIETO, Alfonso: *¿Fue ilegal el proceso de Cristo?* Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid). Tomo XXVI (194), número 5, mayo 1953; págs. 594-606.

El proceso de Cristo fué ilegal incluso desde el punto de vista del Derecho positivo vigente en la época de la Pasión. El autor analiza los principios que en la legislación de la época se referían a la jurisdicción, competencia y procedimiento, y demuestra la violación de tales principios en el proceso de Cristo.

Junto a esto aduce razones por las que, dejando aparte los vicios procedimentales, la sentencia era injusta en sí misma.

ELLILÄ, Tauno: *Aktuella rättspolitiska kardinalfrågor inom processrätten. Reflektioner ur den finska rättens synvinkel* (Cuestiones de política jurídica, cardinales y actuales en el Derecho procesal. Reflexiones desde el punto de vista del Derecho finlandés).—Svensk Juristtidsning, noviembre-diciembre 1952; págs. 800-810.

A propósito de la necesidad en que el Derecho procesal finlandés se halla de una reforma de envergadura, el autor, después de insistir en la influencia que se ejercen recíprocamente teoría y práctica en los problemas del Derecho procesal, alude a los múltiples condicionamientos a que está sometida toda resolución viable: el condicionamiento económico, pues estas reformas cuestan dinero al país (ello determinará, por ejemplo, el alcance de la reforma); el condicionamiento político, pues a cada tipo de organización estatal corresponde en vigor un tipo de proceso (lo cual a veces ha forzado una reforma del proceso precediendo anómalamente a la reforma del Derecho penal); y el condicionamiento derivado del espíritu con que se aplican las leyes, que no pueden descuidarse.

A. C.

VON MEHREN, Arthur: *Il procedimento dell'attività decisoria negli Stati Uniti e in Francia.*—Ius. Milano. Año IV, fascículo 1, marzo 1953; páginas 71-94.

Después de indicar que la labor del Juez no es puramente mecánica, describe el llamado Método mecánico y el Método funcional en la aplicación de la Norma, así como la actividad decisoria "aquiescente" distinta de la actividad decisoria "reactiva". Ofrece claros ejemplos. Tras estas premisas, y con referencia a Francia y Estados Unidos, analiza las causas que pueden influir en que el método de aplicación del Derecho sea mecánico o funcional (distinta posición de la magistratura, educación en el método mecánico, angustia de tiempo por el aumento de causas) y la actividad decisoria aquiescente o reactiva (distinto papel del poder judicial, grado más o menos detallista del Derecho positivo, acceso a la Magistratura de personalidades eminentes, estabilidad y seguridad de la Ley).

2. Parte general.

ARCÜELLO, Rosendo: *¿Cabe la recusación de un juez inventariante atribuyéndole haber dado opinión sobre el asunto?*—Revista Jurídica Nicaragüense. Managua (Nicaragua). Número 1, enero-febrero-marzo 1953; págs. 32-34.

En general, el autor propugna la respuesta negativa, aduciendo algunas razones justificativas de su punto de vista.

3. Procedimientos especiales.

ALVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo: *Un aspecto de la oposición al embargo preventivo.*—Revista de Derecho Privado (Madrid). Año XXXVII, número 437, mayo 1953; págs. 424-429.

Interpretación conjunta de los artículos 1.405 y 1.416 de la L. E. C., entendiendo y demostrando que dentro de la expresión del último "Hecho el embargo preventivo" no sólo hay que comprender el embargo propiamente dicho, sino las diversas hipótesis del artículo 1.405: embargo y sus subrogados (consignación y fianza). La realización del embargo no es, pues, condición objetiva de la oposición. Consideraciones terminológicas y de interpretación.

SALINAS, Octavio: *¿Pueden embargarse los bienes pignoralos?*—Revista Jurídica Nicaragüense. Managua (Nicaragua). Número 1, enero-febrero-marzo 1953; págs. 67-69.

Estudiando la esencia de la prenda con y sin desplazamiento, contesta negativamente a la pregunta. La solución contraria, dice, desnaturaliza el derecho real de prenda.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA

RESOLUCION DE 26 DE FEBRERO DE 1953

Derecho al voto en las Sociedades anónimas

Convocada Junta general de accionistas de una S. A., sin que conste la fecha de publicación del anuncio, llegada la fecha de su celebración, ocho accionistas, que dicen representar más de la mitad de las participaciones sociales, ante la inasistencia de los administradores y demás socios, deciden, en presencia notarial, celebrar la Junta convocada, adoptando acuerdos sobre materias que no figuraban en el orden del día, entre ellos los de destituir a los anteriores administradores y privar de voto a determinadas acciones aún no desembolsadas.

Presentada el acta en el Registro fué calificada así: «Denegada la inscripción del presente documento por los siguientes motivos: 1.º Por cuanto los actos que en el documento se refieren no estaban incluidos en el anuncio de la convocatoria; 2.º Por cuanto, si bien no consta en el registro la suscripción y desembolso de 700 nuevas acciones, ello no obsta a la intervención de sus poseedores en los actos sociales mientras no recaiga resolución judicial sobre nulidad de su adjudicación, no pudiendo la Junta general ordinaria hacer declaraciones de Derecho sobre este extremo; 3.º No haberse reunido el «quorum» necesario en la Junta celebrada». Interpuesto recurso gubernativo, el Registrador dictó Acuerdo manteniendo su nota calificadora, que la Dirección General ratifica en los siguientes términos:

A) *La fecha de publicación del anuncio es dato de gran interés para computar el plazo del artículo 53 de L. S. A., que ha de estimarse de derecho necesario; la firma del Presidente destituido en la convocatoria es insuficiente por cuanto, aun cuando figuraba en el Registro como tal, es facultad que la Ley atribuye a los administradores efectivos sin que la inscripción tenga virtualidad suficiente para oponerse a una realidad extrarregistral conocida de los socios.*

B) *La Junta general ordinaria carece de facultades para negar derechos a acciones de capital desembolsado porque tal extremo no puede ser tema de sus deliberaciones sin traspasar los límites de su soberanía, ya que afecta a la esencia misma de la acción el privarle del más sustancial de sus derechos, como es el de votar en sus asambleas.*

C) *La no constancia en el Registro de la particularidad de la suscripción y desembolso sólo constituiría defecto subsanable para la calificación de un «quorum» que se lograra con tales acciones y la consiguiente inscripción de los acuerdos que se tomaran.*

RESOLUCION DE 4 DE MARZO DE 1953

Calificación y recurso gubernativo

Otorgada una escritura por la que dos personas ceden determinadas fincas de su propiedad, asumiendo los cesionarios—adquirentes pro indiviso—las obligaciones derivadas de la renta vitalicia, con carácter mancomunado y solidario,

y consignada en el documento la prohibición impuesta a éstos de vender, gravar o enajenar en cualquier forma el derecho adquirido sobre los inmuebles, sin consentimiento expreso de los cedentes, deciden los cesionarios terminar la indivisión y realizan en documento notarial la distribución de las fincas. Presentado este título en el Registro, se deniega su inscripción por faltar el mencionado consentimiento expreso; mes y medio después de la calificación lo otorgan en una nueva escritura que se incorpora al recurso cuando éste se halla ya pendiente de apelación. El auto de la Audiencia revoca la nota del Registrador, pero la Dirección General la ratifica fundándose en la siguiente doctrina:

A) *En los recursos gubernativos deben tenerse en cuenta sólo los documentos presentados en tiempo y forma, es decir, los que ingresaron oportunamente en el Registro. En el presente caso, la escritura adicional, apobatoria de la división practicada, se otorgó mes y medio después de la nota recurrida, por lo que resulta inadecuado examinar el fondo del asunto mientras no sea calificada por el Registrador.*

B) *Cumplida la referida norma rituaría, y aun verificada la inscripción, el notario estaría facultado para interponer recurso gubernativo a efectos exclusivamente doctrinales.*

NOTA.—*Vid. Res. 23 julio 1877, 31 agosto y 7 octubre 1882, 23 junio 1884, 9 agosto 1895, 18 mayo 1900, 31 mayo 1911, 19 noviembre 1912, 30 diciembre 1914, 30 abril y 11 diciembre 1935, 3 diciembre 1938, 22 julio 1940, 9 febrero 1943 y 22 junio 1951.*

RESOLUCION DE 5 DE MARZO DE 1953

Procedimiento fiscal de apremio

Planteado el problema de si es inscribible una escritura de venta, otorgada por agente ejecutivo de la Hacienda, en rebeldía del deudor, después de la fecha señalada para su formalización y sin determinar cómo se cumplieron los trámites esenciales del procedimiento, la Dirección General, con revocación parcial del auto presidencial y de la nota calificadora, declara que el título adolece del segundo de ambos defectos (indeterminación de los trámites) y establece la siguiente doctrina:

A) Los Registradores se hallan facultados para calificar en los apremios administrativos, con mayor amplitud que en los judiciales, los trámites esenciales del procedimiento, supuestas las distintas condiciones de idoneidad e imparcialidad de los funcionarios y la complejidad de la tramitación, a fin de conceder debidas garantías a los interesados y siempre que ello no implique obstáculos en el normal desenvolvimiento de la actividad de la Administración.

B) Celebrada la subasta el día 9 y señalado por el agente el 11 para formalizar la escritura, puede estimarse cumplido el artículo 122 del Estatuto de la Recaudación de 1928, al haberse otorgado en rebeldía del deudor el día 13, siendo el 12 inhábil.

C) La fórmula, consignada en la escritura, de que en el expediente «se practicaron todos los requerimientos y notificaciones prevenidos en Derecho», no es suficiente a los efectos del art. 151 del citado Estatuto.

A. G. R.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS

1. Sala primera

A cargo de Javier CABAÑAS, Antonio IPIENS, Domingo IRURZUN, Manuel Peña y Jaime SANCHEZ-BLANCO

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: SU ALCANCE EN CUANTO A LOS HEREDEROS: Véase S. 21 marzo 1953 (Considerando 5.º) (II, 3).

2. TÍTULOS NOBILIARIOS: CLÁUSULA DE MEJOR DERECHO: *La acción para reclamar una dignidad nobiliaria es imprescriptible. El artículo 18 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 por su rango administrativo no puede derogar lo establecido por la Ley respecto a Títulos y Grandezas. Lo mismo cabe decir de los artículos 3.º y 5.º del Real Decreto de 8 de julio de 1922.* [Sentencia 24 diciembre 1952.]

A. A, poseedor de una dignidad nobiliaria, falleció sin tener descendencia, bajo testamento en el que en una de sus cláusulas establecía que entraría en posesión de dicha dignidad nobiliaria aquel pariente que demuestre y justifique ser el más inmediato al mismo. Formulado escrito por B a la entonces Reina María Cristina para que le fuera conferido el título, le fué otorgada Real Carta de Sucesión al mismo, con la cláusula *sin perjuicio de tercero* en 16 de enero de 1893. En 1945, C demanda a la biznieta de B por tener mejor derecho a dicha dignidad, ya que se considera pariente más cercano del difunto A.

El Tribunal Supremo entiende que el problema objeto de la discusión en estos procedimientos de estimación del mejor derecho para la posesión y uso de mercedes nobiliarias "es la determinación de la mayor proximidad en línea y grado de quienes litiguen, con el primero y último poseedores legítimos de la merced discutida" (Considerando 1.º), probándose que es preferente y mejor el derecho genealógico del actor que el de la demandada (Considerando 2.º).

El Tribunal Supremo *no da lugar al recurso* interpuesto por la demandada, quien alegaba la prescripción adquisitiva del título nobiliario por su posesión y uso por más de quince años con arreglo al artículo 18 del Real Decreto 27 de mayo de 1912 indicando que "conviene recordar que la jurisprudencia de esta Sala, con posterioridad a la citada disposición viene reiteradamente declarando que dicho Real Decreto, por su rango administrativo, no puede derogar lo establecido por la Ley respecto a Títulos y Grandezas del Reino, ni aun cuando fué incorporado a la Ley de Presupuestos de 1915 porque el carácter económico de éste no puede derogar derechos sustantivos contenidos en leyes especia-

les, cuales son la Ley 45 de Toro, que es la primera del título 24, libro 11 de la Novísima Recopilación" (Considerando 5.º).

De la misma manera no puede denunciarse la infracción de los artículos 3.º y 5.º del R. D. de 8 de julio de 1922, de carácter netamente administrativo, "porque éste no se hallaba en vigor al plantearse el pleito y, por otra parte, la circunstancia de acreditar rentas suficientes para ostentar con el debido decoro los títulos, circunstancia que no se requiere en la legislación vigente en la actualidad, no podía en modo alguno enervar el derecho personalísimo a suceder en una merced nobiliaria, sino que era un requisito de orden administrativo cuya falta de cumplimiento impedía el ejercicio de aquel derecho" (Considerando 6.º).

B. El T. S. viene a mantener en esta sentencia la tesis que ya sostuvo en la de 25 de junio de 1952 (véase ADC, tomo V, fascículo IV, página 1489), estableciendo el significado de la cláusula *sin perjuicio de tercero* y el carácter de imprescindible de la acción de reclamación fundada en el dogma de la posesión civilísima, según la Ley 45 de Toro.

3. DOMICILIO: *La residencia de hecho puede ser distinta del domicilio legal.* [Sentencia 17 febrero 1953.]

"... pues el domicilio legal de tales funcionarios (públicos) puede ser distinto por diversas causas de su residencia de hecho" (Considerando 2.º).

4. RESARCIMIENTO DEL DAÑO: Véase S. 25 abril 1952 (III, 3).

5. DECLARACIÓN DE VOLUNTAD: CLÁUSULAS IMPRESAS: *La circunstancia de que una cláusula esté impresa en el documento relativo a un contrato no afecta en nada a su eficacia cuando sus otorgantes no se han limitado a llenar los huecos del impreso sin tener en cuenta la trascendencia de sus estipulaciones, como lo revela el que a continuación de la última condición impresa se encuentra una manuscrita.* [Sentencia 28 junio 1952.] (V. III, 23.)

6. LA SIMULACIÓN COMO "QUAESTIO IURIS": *Si bien los hechos dados por la Sala como probados resultan inatacables en casación..., ello no obsta a las facultades de este Tribunal para apreciar que de los citados hechos resulta la existencia o inexistencia de la simulación que es un concepto jurídico aunque se derive de los hechos sentados por la Sala, y aun para apreciar si ésta examina o no cuantos elementos de juicio se requiere para su apreciación, a fin de lograr la más perfecta realización de lo justo* (Considerando 3.º).

NEGOCIO SIMULADO: INEXISTENCIA DE CAUSA: *Debe apreciarse la inexistencia por simulación de una compra-venta otorgada en escritura pública en la que el supuesto comprador, después del acto notarial, recuperó el precio entregado.*

DONACIÓN ENCUBIERTA: ILICITUD DE SU CAUSA: *Tampoco puede tener eficacia el contrato como donación encubierta por ilicitud de su causa, ya que con ello se trata de eludir los derechos legítimos de la madre de la vendedora.* [Sentencia 28 febrero 1953.]

A. Una señora, dueña de una casa, que hacía vida marital con el demandante, encontrándose gravemente enferma otorgó ante notario y unas horas antes de su fallecimiento escritura de compra-venta a favor de aquél, siendo el precio entregado en presencia del fedatario; inmediatamente después del acto notarial el comprador recuperó el precio pagado. Recaída la correspondiente declaración de herederos abintestato a favor de la madre de la causante (vendedora), a quien se hizo judicialmente entrega de la casa en cuestión, el comprador presenta demanda de reivindicación exhibiendo la escritura de compra-venta inscrita en el Registro de la Propiedad. En el período de prueba el demandante confiesa haber retirado después de la venta el precio entregado, afirmando que lo hizo de acuerdo con la vendedora por cantidades que ésta le adeudaba y para pagar sus gastos de última enfermedad, extremos que no fueron probados concluyentemente.

El Juzgado estima la demanda, que es confirmada por la Audiencia, con el voto en contra del Presidente. Interpuesto recurso de casación por la demandada, fundado en el núm. 1 del 1.692 L. E. C. por violación de los artículos 1.261, 1.274 y 1.445 C. c.; y en el núm. 7.º del mismo precepto procesal por error de derecho con infracción del artículo 1.232 L. E. C., el T. S. da lugar al recurso por el primero de los motivos en virtud de las siguientes consideraciones:

“Que ante los hechos dados como probados por la Sala (inmediata devolución del precio después de otorgar la escritura de venta en tan inverosímiles circunstancias) no puede menos de estimarse que no hubo precio propiamente en la supuesta compra-venta, puesto que la finalidad del vendedor en el referido contrato no es otra que la atribución para sí del precio que tiene como contrapartida por su parte la entrega de la cosa vendida, y por ello tal contrato ha de estimarse necesariamente simulado e inexistente por falta de causa conforme al artículo 1.261 Código civil, según el cual para que haya contrato precisa la existencia de causa y que con arreglo al 1.274 la causa para cada contratante en los contratos onerosos es la prestación que el otro realiza por virtud del contrato, principio general que tiene su aplicación respecto del contrato de compra-venta en el 1.445 del propio Código, y al no acordarlo así la Sala incurrió en el quebrantamiento de los expresados preceptos legales, por lo que procede dar lugar al recurso, sin que ello obste la reiterada jurisprudencia de esta Sala en materia de simulación de contratos en el sentido de ser la apreciación de esta materia atribuida en principio a la Sala de instancia, porque ésta da aquí los elementos de hecho de que la simulación lógicamente se deriva, mucho más cuando no entra en el análisis de los elementos constitutivos del encargo y de la realidad de las deudas a satisfacer, ni de su cumplimiento, ni quepa tampoco desvirtuar los citados razonamientos por la fuerza otorgada a la escritura pública

por las leyes, porque el Notario no da fe más que de lo que ante él ocurre; pero no garantiza ni puede garantizar la veracidad del contenido de las manifestaciones de las partes, según tiene afirmado esta Sala en también reiterada jurisprudencia" (Considerando 4.º).

Añadiendo en su segunda sentencia "que por las precedentes razones y porque además no aparece comprobada la existencia de la deuda... ha de estimarse que tal contrato de compra-venta careció de existencia real y no significa más que una estratagema usada por el comprador o por ambos contratantes para eludir los derechos legitimarios que pudieran corresponder a la madre de la causante en la finca vendida, por lo que tampoco como donación en su caso podría tener eficacia por fundarse en una causa ilícita conforme al artículo 1.275 del C. c., por lo cual tal contrato titulado de compra-venta resulta ineficaz para reivindicar el dominio de la finca vendida, debiendo entenderse tal declaración sin perjuicio, claro está, de los derechos que puedan asistir al demandante para hacer efectivas las deudas que justifique tuviere la vendedora para con él, bien por trabajos realizados y sufragados por él en la finca, bien por gastos de enfermedad o por otro concepto" (Considerando 11.º).

B. OBSERVACIONES: El problema fundamental que se plantea en este litigio (aunque fué eludido por la Sala de instancia) era si había de reconocerse la existencia de dos negocios sucesivos en el tiempo, pero independientes y sin conexión entre sí, es decir, una compra-venta perfecta traslativa del dominio seguida de un pago de deuda hecho por la vendedora con el precio de venta y una provisión de fondos para pagar ciertos gastos de su cargo, o si, por el contrario, no existió más que una apariencia de compra-venta para conseguir una finalidad ilegal. No habiéndose probado ni la existencia de la deuda ni los gastos que pudiera justificar la devolución del precio de venta al comprador, el Tribunal Supremo considera acertadamente que la restitución sin causa del precio recibido equivale a falta de precio que determina la inexistencia de la compra-venta aunque subsista una apariencia de la misma amparada en la forma notarial. Pero todavía era preciso indagar si el negocio aparente encubría otro distinto realmente querido por las partes—simulación relativa—, es decir, si la compra-venta encubría una donación; el Tribunal Supremo rechaza esa posibilidad, pues aunque se reconociera la existencia de la donación al amparo de 1.276 C. c., se trataría de una liberalidad otorgada en trance de muerte con la finalidad de defraudar la legítima de la madre de la donante afectada por tanto de causa ilícita que con arreglo al 1.275 determinaría su ineficacia; en este aspecto el T. S. reafirma la doctrina ya sentada en sentencias anteriores—especialmente en las de 12 de abril 1944, 12 abril 1946 y 24 marzo 1950—según la cual las donaciones con intención de defraudar las legítimas no se rigen por el artículo 654 C. c., que sólo ordena su reducción en la medida que sean inoficiosas, sino por el artículo 1.275, es decir, que por ilicitud de la causa de negocio hay lugar a la anulación total de la liberalidad de la sentencia de acuerdo con la doctrina de la sentencia de 2 abril 1951, que recogiendo la teoría de la causa subjetiva, considera que cuando el móvil individual, impulsivo o determinante imprime a la voluntad una dirección finalista ilícita debe ser anulado el negocio. (J. C.)

7. INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: CONTRATOS: V. S. 25 abril 1952 (III, 3).

8. INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: CONTRATOS: V. S. 3 febrero 1953 (III, 6).

9. INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: HEREDAMIENTOS: Véase S. 29 febrero 1952 (V. 2).

10. CARGA DE LA PRUEBA: *No recae sobre el demandado cuando éste opone que la obligación no ha nacido.* [Sentencia 20 marzo 1953.]

“... Probado que el automóvil fué sacado del garaje en que lo dejó su dueño... este hecho, por sí solo, no es fundamento de la acción que se ejercita para cobrar la indemnización por el seguro, pues para ello se requiere... que esa incautación tenga el carácter de robo que es, de los riesgos asegurados, el que pudiera tener relación con el hecho de autos y tal carácter de robo, como base de la indemnización, tenía que probarlo el asegurado demandante y recurrente, y no sólo no lo ha hecho..., sino que aparece en autos que tal incautación la hicieron las autoridades militares francesas en época de guerra, en forma que no consta que sea ilegal, como tenía que demostrar quien trata de ejercitar un derecho a base de tal ilegalidad, y no la parte contraria, porque ésta no opone la extinción de la obligación, única prueba de su incumbencia según el artículo 1.214, sino que opone que la obligación no ha nacido” (Considerando 1.º).

11. DOCUMENTO PÚBLICO: VALOR PROBATORIO: *Incurre en error de derecho la Sentencia que no ha atribuido a una escritura pública el valor probatorio que le asigna el artículo 1.218 C. c., de la cual se derivaba la declaración de propiedad solicitada por el demandante.* [Sentencia de 22 de enero 1953.] (V. II, 7).

12. PRUEBA DOCUMENTAL.—*Las matrices de supuestos recibos de precio de arrendamiento, extendido sin firma ni formalidad alguna y no reconocidos, carecen de valor como prueba documental.* [Sentencia 14 febrero 1953.]

13. PRUEBA DE TESTIGOS: SU VALOR: *El artículo 1.248 C. c., tiene carácter admonitivo, que en contemplación de la facultad discrecional de los Tribunales al apreciar la prueba testifical, no pueden servir de apoyo para la casación.* [Sentencia 12 febrero 1953.] (V. II, 10.)

14. PRESUNCIONES: *Dado el carácter supletorio que en el orden de las pruebas está asignado a las presunciones, no existe necesidad legal de acudir a ellas cuando el hecho debatido tiene demostración eficaz por los demás medios de prueba del artículo 1.215 C. c.* [Sentencia 23 diciembre 1952.] (V. III, 48 y Pr. I, 6).

15. COSA JUZGADA: V. S. 13 y 20 marzo 1953 (D. Pr., I, 4 y 5).

II. Derechos reales.

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA. REQUISITOS: *Son requisitos esenciales que el demandante justifique la propiedad de los bienes reclamados por un título legítimo de dominio o en su defecto por la posesión continuada por el plazo marcado para la prescripción ordinaria o extraordinaria; que demuestre la identidad de tales bienes; y que acredite que los mismos se hallan poseídos o detentados por el demandado.* [Sentencia 23 abril 1953.] (V. 5, 8 y 16).

OBSERVACIONES: Concuera con numerosísimas sentencias, entre ellas las de 7 noviembre 1914, 24 febrero 1916, 21 junio 1919, 6 julio 1920, 2 diciembre 1925, 12 diciembre 1928, 23 noviembre 1929, 31 enero 1931, 7 marzo 1934, 20 febrero 1941, 1 diciembre 1947 y 12 marzo 1948.

2. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: POSESIÓN DEL DEMANDADO: *Procede la acción reivindicatoria cuando el Tribunal "a quo" aprecia la existencia de los tres requisitos necesarios para que aquella prospere: justo título de dominio, "posesión del demandado" e identidad de la finca.*

La inclusión de las fincas reclamadas en el inventario de la herencia de la vendedora, por sus herederos, las constituye en detentadores o poseedores de las mismas sin título dominical. [Sentencia 9 enero 1953.]

Vendidas dos fincas en documento privado, los herederos de la vendedora las incluyen en el inventario de los bienes relictos. El comprador presenta demanda de reivindicación contra aquéllos, que en la contestación a la demanda pretender desconocer la realidad de la venta, alegando posteriormente en casación como cuestión nueva y sin desvirtuar las apreciaciones del Tribunal "a quo" que no se ha probado la posesión de los demandados para que pueda prosperar aquella acción, y que no formando parte los bienes reclamados de la herencia de la vendedora no pueden tener sus herederos el carácter de poseedores civiles a los efectos del artículo 440 C. c.

El T. S. no da lugar al recurso, entre otras consideraciones procesales, por las razones extractadas en el encabezamiento de esta sentencia.

3. ACCIÓN REIVINDICATORIA: IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA POR LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL: ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN LEGITIMADORA DEL ARTÍCULO 38 L. H. EN CUANTO A EXTENSIÓN Y LINDEROS DEL INMUEBLE: *Ejercitada la acción real encaminada a reivindicar una faja de terreno respecto de la cual los litigantes se atribuyen el derecho de propiedad como parte integrante de sus respectivas fincas, debe aquélla prosperar cuando el actor se funda en la certificación registral para acreditar que la porción discutida está dentro de los linderos con que la total finca aparece registrada y forma parte de la extensión superficial inscrita, porque la legitimación registral ampara al titular con la presunción de que lo que diga el asiento, tanto con referencia a la situación jurídica, como a circunstancias de la finca, se ha de reputar veraz mientras no sea declarada su inexactitud.* [Sentencia 21 marzo 1953.] (V. I, 1).

A. En noviembre de 1943, don A. A. S.—demandante—compró por escritura pública una participación pro-indiviso proporcional y consistente en 97 hectáreas de las 111 de una total finca, la cual se hallaba arrendada por seis años, a partir de enero de 1943, a don R. J. H., siendo este señor propietario de una finca, B., colindante con la que tomó en arriendo—finca A—. De tal forma que, según el título de compra-venta y de las inscripciones registrales, la finca A. lindaba por saliente con la finca C. y por poniente con la finca B. Existiendo ciertos mojones por la parte de saliente de la finca A. y fallecido R. J. H., sus herederos continuadores del arrendamiento pretendieron que la faja de terreno existente entre dichos mojones y el linde Este—según el registro—de la finca A. formaba parte de la finca B. de su propiedad. Para aclarar tal situación, don A. A. S. promovió expediente de deslinde y amojonamiento, que fué sobreseído por oponerse a él los colindantes de la finca B.; seguidamente, don A. A. S. presenta demanda de reivindicación contra los herederos de don R. J. H.—arrendatario de la finca A.—, de la faja de terreno existente entre los mojones y el linde Este de dicha finca.

El Juzgado estima la demanda, desestimando la excepción de prescripción alegada por los demandados; pero la Audiencia revoca íntegramente la sentencia de primera instancia sin reconocer tampoco el derecho de los demandados.

El demandante interpone recurso de casación por los siguientes motivos:

1.º: Núm. 1, del 1.692 L. E. C. por infracción de los artículos 348 C. c. y 38 L. H.

2.º: Núm. 7, del 1.692: error de hecho y de derecho con violación del artículo 1.218 C. c.

El T. S. *casó* la sentencia de la Audiencia y confirmando la del Juzgado, da lugar a la reivindicación en virtud de las consideraciones que siguen, de gran interés:

“Que el problema planteado por el ejercicio de la acción reivindicatoria se debe contemplar, no sólo en el ámbito del Derecho civil, único al que se ha prestado atención en la instancia, sino también en la esfera del Derecho hipotecario, pues aunque los litigantes no invocaron normas de la legislación especial se acompañó a la demanda, como fundamento en parte de lo pedido, un título inscrito en el Registro de la Propiedad, y esto obliga a examinar el tema hipotecario que el recurso plantea, porque ni es cuestión nueva en casación, ni se actúa con vicio de incongruencia por los Tribunales si acatando los hechos procesales alegados y las pretensiones deducidas aplican las normas jurídicas que estimen procedentes (Considerando 2.º).

Que por lo expuesto y enjuiciado el tema litigioso en la esfera estricta de la legislación común, se aprecia claramente, aun prescindiendo de otros elementos de juicio que conducirían al mismo resultado, que los contratos de arrendamiento de “A” suscritos por el causante de los demandados a la sazón propietario de la dehesa limítrofe “B”, implica un reconocimiento explícito de que la finca arrendada tiene la extensión y linderos que expresan la escritura de compra-venta y su asiento registral; esto es, que mide 97 hectáreas (?) aproximadamente y linda por

saliente con una parte de las cinco porciones en que fué dividida la finca "C", comprendiendo en su perímetro la discutida zona de terreno y este reconocimiento, con la virtualidad jurídica de los actos propios, no desvirtuados por prueba alguna en contrario de la certeza del contenido del documento de arriendo, obliga a los demandados, causahabientes de quien los suscribió, por virtud de lo dispuesto en los artículos 661, 1.225 y 1.257 Código civil y en consecuencia, acreditado debidamente por el actor el dominio del terreno que se discute, ha infringido la Sala de instancia por falta de aplicación del artículo 348 C. c. y la jurisprudencia que lo interpreta según lo acusa el primer motivo del recurso (Considerando 5.º).

Que en nuestro derecho hipotecario el asiento registral protege las situaciones jurídicas que el mismo proclama, y no se extiende con *igual intensidad* la protección a las situaciones o circunstancias de hecho, materiales o físicas, desconectadas del Registro; pero lo que no se puede afirmar sin incurrir en confusiónismo, que debilita la garantía y atractivos de la institución hipotecaria, es que la inscripción nada vale, ni nada protege en punto a las situaciones de hecho que el asiento proclama, pues, por virtud del principio de legitimación registral la inscripción ampara al titular, no sólo con prerrogativas, de rango y disponibilidad del derecho inscrito, sino también con la presunción de que lo que diga el asiento tanto con referencia a la situación jurídica como a circunstancias de la finca, en la forma o en los términos que resulten del mismo, se ha de reputar veraz, mientras no sea rectificadora o declarada su inexactitud, quedando así relevado el titular *secundum tabulas* de la obligación de probar la concordancia con la realidad extrahipotecaria y desplazando esta obligación, en régimen de inversión de prueba hacia la parte que contradiga la presunción mencionada, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 1.º, 9.º, 21, 38, 40, apartado d) y 41 de la Ley Hipotecaria reformada y de su exposición de motivos; por lo que, al no entenderlo así la Sala sentenciadora, que actúa tan sólo en la esfera estricta del derecho civil, sin contar este aspecto hipotecario del litigio, ha infringido el artículo 38 según denuncia también el primer motivo del recurso (Considerando 6.º).

Que a los Tribunales está encomendado el amparo o salvaguardia de los asientos del registro y, a la vez, la facultad de declarar su inexactitud o discordancia con la realidad extrahipotecaria, debiendo atenderse en el cumplimiento de este doble cometido a una razonable valoración jurídica de los hechos que estimen probados para poder dar por desvirtuada la presunción *juris tantum* de veracidad registral en punto a extensión y linderos de la finca descrita, y si bien la sentencia recurrida afirma el hecho no desmentido en casación de que en el perímetro de "A" según el registro, y al Poniente de la zona de terreno en litigio existen unos mojones y un lindón o desnivel de la finca, es lo cierto que la información pericial apreciada a éste respecto en la sentencia recurrida no ofrece, en trance de apreciación jurídica del hecho probado, elementos de juicio por sí solos suficientes para enervar la vigorosa

presunción de exactitud registral, ni para estimar que la aludida faja de terreno puede constituir finca independiente, la cual, en todo caso, nunca podría pertenecer a los demandados ni como predio independiente, ni como parte integrante de su finca "B", ya que respecto de dicho trozo de terreno carecen de todo título de dominio, según lo reconoce la propia sentencia impugnada" (Considerando 7.º).

B. OBSERVACIONES: La doctrina que sienta esta Sentencia es de gran interés precisamente por presentarse con cierto carácter heterodoxo en cuanto al ámbito del principio de legitimación registral, en relación con el criterio seguido por los hipotecaristas, por las resoluciones de la Dirección de los Registros e incluso por anteriores Sentencias del Tribunal Supremo (véanse Res. 27 junio 1935 y S. 6 febrero 1947). La doctrina había considerado que la presunción de exactitud del Registro, propia del principio de legitimación, recae únicamente sobre el elemento jurídico relativo a la existencia, titularidad y extensión del derecho inscrito sin extenderse a las circunstancias materiales o de mero hecho, como son la situación, *cabida*, *linderos*, construcciones, naturaleza de la finca, etc., etc., porque—como dice Roca en su *Derecho Hipotecario*, t. I, página 358—la ley puede imponer por vía de ficción un determinado resultado jurídico, pero no puede alterar la contextura física de los inmuebles. Sin embargo, Sanz—en sus *Instituciones*, pág. 385—, señala la dificultad de deslindar en muchos casos las cuestiones de mero hecho de las jurídicas, y citando a Wolf, distingue por vía de ejemplo los dos siguientes casos: 1.º, descripción inexacta de un inmueble por defecto de medición; en este caso el derecho real recae sobre el fundo tal como es en la realidad y no tal como se ha descrito. 2.º, delimitación inexacta del inmueble comprendiendo una faja de terreno perteneciente a otra finca; la inexactitud de este supuesto no afecta a simples hechos, sino a derechos inmobiliarios por lo que entra en juego la presunción de exactitud del registro. Añade Sanz que cuando las cuestiones de hecho trascienden a la extensión o contenido del derecho inscrito, es evidente que quedarán bajo el amparo de la fe pública.

La presente Sentencia afirma claramente que aunque con distinta intensidad la legitimación registral extiende su presunción de veracidad no sólo a la situación jurídica, sino también a las circunstancias físicas de la finca. ¿Cuál será, por tanto, el alcance y la intensidad del principio en cuanto a las circunstancias de hecho que pregonan el asiento? ¿Cuál será esa mayor eficacia que se reconoce a la legitimación en cuanto a la situación jurídica del inmueble? A nuestro modo de ver la presunción de veracidad del asiento con relación al aspecto jurídico recae sobre la existencia, titularidad y extensión del derecho inscrito colocando a éste en la situación privilegiada que corresponde a toda relación jurídica que esté amparada por una presunción de derecho—mantenimiento de la situación de derecho pregonada mientras no se declare su inexactitud, producción de todos los efectos que se deriven del derecho presumido, desplazamiento de la carga de la prueba—; pero, además, la presunción legitimadora constituye la base o presupuesto para la actuación de la fe pública registral con sus efectos convalidantes de la falta de titularidad del transferente.

En cambio, si se quiere dar cierta eficacia al principio de legitimación en cuanto a las circunstancias físicas del inmueble inscrito, hay que reconocer que aquélla opera exclusivamente—como se desprende del Considerando 6.º de la Sentencia que comentamos—en el ámbito de la prueba de los hechos sin producir verdaderos efectos legitimadores ni trascender en absoluto a los efectos jurídicos de la fe pública registral; en su

sentido más propio la legitimación deriva de una apariencia o exteriorización sensible que representa una realidad jurídica de fondo y que el derecho toma en cuenta con abstracción de si esa representación corresponde o no a la realidad; su función es otorgar al que la ostenta una especial posición jurídica que le permite actuar en la vida del tráfico como si la realidad de fondo que se trata de representar existiera verdaderamente; para ello el derecho otorga a cada una de esas realidades externas un grado determinado de eficacia, prescindiendo del efectivo valor probatorio que tenga en cada caso (prueba sustantiva). Ninguno de estos efectos produce el principio de legitimación en cuanto a las circunstancias físicas de la finca inscrita y sí sólo el de que la situación de hecho que pregona el asiento se ha de reputar que coincide con la realidad extrahipotecaria, es decir, estamos en presencia de una presunción *de hecho que*, con arreglo al artículo 1.250 C. c., provoca una exención de la carga de la prueba al favorecido por ella con el correspondiente desplazamiento de la misma al que atacando la presunción, alega la inexactitud registral; presunción que tiene su importancia en el orden procesal, pero que por la naturaleza de lo presumido—simples hechos—no puede tener función legitimadora de situaciones jurídicas.—J. C.

4. LOS RETRACTOS LEGALES: RETRACTO DE COLINDANTES: V. S. 10 abril 1953 (V. III, 9, y D. Pr., II, 3).

5. USUCAPIÓN: JUSTO TÍTULO: *No constituye justo título a los efectos del artículo 1.972 del C. c. una información posesoria, la cual sólo sirve para acreditar el hecho de la posesión.* [Sentencia 23 abril 1953.] (V. I, 8 y 16).

OBSERVACIONES: V. INFORMACIÓN POSESORIA, en este mismo volumen, y Sentencia de 23 mayo 1929.

6. COMUNIDAD DE BIENES: ACCIÓN REIVINDICATORIA EJERCITADA POR UN COMUNERO: V. S. 11 abril 1953 (V. III, 7, y V, 1).

7. DOMINIO COMPARTIDO: TITULARIDADES DISTINTAS SOBRE EL SUELO Y VUELO: RÉGIMEN LEGAL: *La modalidad dominical consistente en que el suelo y el vuelo de una finca, con sus respectivos aprovechamientos, correspondan a titulares distintos, constituye un caso de dominio compartido, caracterizado en definitiva como relación jurídica innominada de derechos yuxtapuestos sobre una misma finca recíprocamente limitados o restringidos cada uno por el derecho ajeno que ha de regirse preferentemente por el título constitutivo y por las disposiciones generales de la propiedad y sólo en defecto de norma legal aplicable por las reglas supletorias del derecho consuetudinario.*

COSTUMBRE: SUS REQUISITOS: DIFERENCIA CON LA PRESCRIPCIÓN: *Para admitir la costumbre como fuente supletoria de derecho es necesaria la prueba del elemento externo—repetición constante de actos uniformes en la misma comarca—y de la "opinio iuris" o elemento interno; por lo que la forma constante de disfrutar de un derecho, pero sin acreditar que en el mismo lugar o comarca se observe por otros titulares igual forma de disfrute, tiene mejor encaje en el marco de la prescripción—no alegada en el pleito—que en el derecho consuetudinario.* (Sentencia 22 enero 1953.) (V. I, 11.)

A. En 1894, y como consecuencia de la legislación desamortizadora, se vendió en pública subasta a una sociedad "el arbolado o monte alto y bajo y derecho de apostar", delimitado dentro de una dehesa boyal con la cláusula de que el comprador del monte sólo podría introducir en la zona delimitada ganado de cerda y sólo en la época legal de la montanera—de 8 de octubre a 8 de enero de cada año—. Desde entonces quedó dividido el dominio y aprovechamiento de la finca entre el Ayuntamiento como propietario del suelo con derecho a utilizar los pastos y la entidad compradora como dueña del suelo o arbolado con derecho a sus frutos; la simultaneidad de ambas explotaciones no dió lugar, durante largos años, a colisión alguna entre los dueños hasta que en 1943 la actual propietaria del vuelo—una comunidad—demandó al Ayuntamiento por haber autorizado la introducción, en la zona y época delimitada, de ganado para pastar, incluso de cerda, en perjuicio del derecho de montanera de aquella, solicitando se declarara su derecho exclusivo de propiedad y disfrute sobre el vuelo y como consecuencia se prohibiese al Ayuntamiento que autorizara la estancia del ganado de cerda en ningún punto de la finca durante la expresada época de montanera, y de ninguna clase de ganados en la zona reservada en la misma época. El Juzgado estimó la demanda, pero la Audiencia, revocando en parte la Sentencia de instancia, absolvió a la parte demandada; la actora interpuso recurso de casación por los siguientes motivos: 1.º, núm. 7, 1.692 L. E. C.: infracción del artículo 1.218 C. c.; 2.º, núm. 7, 1.692 L. E. C.: infracción de los artículos 1.232, 1.233 y 1.248; 3.º, núm. 1, 1.692 L. E. C.: infracción del artículo 6.º Código civil; 4.º, núm. 1, 1.692 L. E. C.: infracción del artículo 353 C. c.

El Tribunal Supremo *da lugar* a la casación por los motivos 1.º y 4.º, *desestimando los otros dos*, condenando al Ayuntamiento a la prohibición sólo de introducir ganado de cerda en la zona demarcada durante la época de montanera, y absolviéndole de los restantes pedimentos de la demanda, sentando la siguiente doctrina:

"Que entre las múltiples modalidades que por razón de su elasticidad o diferente amplitud de las facultades de uso, disfrute y disposición puede revestir el dominio, la más irregular y difícil de catalogar en nuestro derecho es aquella en que el suelo y el vuelo de una finca, con sus respectivos aprovechamientos, corresponde a titulares distintos, pues si guarda alguna afinidad con otras figuras específicamente reguladas por el legislador, como la servidumbre personal y la copropiedad, a efectos singularmente esta última de la acción de retracto, o con el derecho de superficie, carente de la debida regulación legal, las normas de aquellas instituciones típicas no son exactamente aplicables al supuesto del dominio compartido que es objeto de examen en estos autos, caracterizado en definitiva como relación jurídica innominada de derechos yuxtapuestos sobre una misma finca que, en su ejercicio, pueden entrar en colisión por la incompatibilidad que provoque la concurrencia del pleno señorío de los titulares del suelo y del arbolado, recíprocamente limitados o restringidos por el derecho ajeno, y en estos supuestos de incompatibilidad de facultades dominicales, sin abandonar por completo el ordenamiento jurídico de las instituciones afines, es preciso idear la regla razonable que armonice las facultades en colisión, atendiendo preferentemente al título constitutivo del dominio y a las disposiciones generales que en el derecho positivo gobiernan el instituto de la Propiedad, y sólo a falta de

norma legal exactamente aplicable al punto controvertido habría de ser llenada esta laguna con las reglas supletorias del derecho consuetudinario si se demuestran los presupuestos de hecho determinantes de su nacimiento y subsistencia" (Considerando 3.º).

"Que el aprovechamiento de los pastos, sin limitación alguna por razón de tiempo y de ganado a introducir en todo el perímetro de la dehesa lesionaría el derecho de la entidad actora si el Ayuntamiento de C. dispusiera, como dispuso en el año 1946, según hecho indiscutido, la entrada de toda clase de ganado, incluso de cerda en toda la dehesa y durante todo el año, pues privaría abusivamente del aprovechamiento en parte del fruto de bellota por el ganado porcino de la Comunidad, dueña exclusiva del fruto, como lesionaría injustificadamente el derecho a los pastos el buen éxito de la pretensión actora encaminada a la prohibición de que el Ayuntamiento autorice la entrada durante la montanera de ganado de cerda en ninguna parte de la dehesa, ni de toda clase de ganado en la zona del Monte Viejo, ya que la Comunidad demandante sólo puede exigir que se respete su derecho al aprovechamiento no compartido con nadie de la bellota del arbolado, mas no a que con esta sola limitación el Ayuntamiento de C. disponga de los pastos en toda la extensión de la dehesa, y en todo tiempo, sin perjuicio de que si acomoda ganado, no estrictamente boyal, que por negligencia en su custodia cause daños en el arbolado, puede ejercitar la comunidad propietaria del mismo, las acciones que procedan en reparación del daño ocasional, y así resultarán razonablemente armonizados los aprovechamientos de pastos y de bellotas, puestos en pugna por el Ayuntamiento demandado que autorizó la entrada de ganado de cerda en la zona de la dehesa N., conocida por Monte Viejo, durante los tres meses de la montanera; procediendo, en consecuencia, la estimación también del cuarto motivo del recurso que denuncia la infracción del artículo 353 del C. c., en cuanto dicha autorización lesiona el derecho al fruto del arbolado que por accesión pertenece a la actora (Considerando 5.º).

8. POSESIÓN: VALOR DE LAS CERTIFICACIONES CATASTRALES: *Sólo prueban el cumplimiento de determinadas formalidades administrativas, pero no el hecho jurídico de la posesión.* [Sentencia 23 abril 1953.] (V. 1, 5 y 16).

9. POSESIÓN EN PRECARIO: CALIFICACIÓN: *Es precarista el que ocupa un cuarto habitación, aunque haya pagado los recibos de alquiler, cuando la Sala de instancia en vías de valoración jurídica le asignó la significación de pago hecho por encargo o mandato del demandante-arrendatario y no la de pago realizado por la demandada en concepto de subarrendataria.* [Sentencia 5 febrero 1953.]

10. POSESIÓN EN PRECARIO: CALIFICACIÓN: *Extinguido el vínculo arrendaticio por abandonar la vivienda el inquilino, su sobrino, que con él convivía, y que siguió ocupando el piso sin admitírsele el pago de la renta, tiene la condición de precarista.* [Sentencia 12 febrero 1953.] (V. I. 13.)

11. POSESIÓN EN PRECARIO: PAGO DE CANTIDAD QUE NO DESVIRTÚA AQUEL CONCEPTO: *El pago de merced que excluye el concepto de precario ha de consistir en entregar una cantidad de dinero o realizar determinada prestación por cuenta propia y a título de pago del arrendamiento constituido o presunto y que una u otra se acepten en tal concepto; existiendo, en cambio, tal precario aunque medie alguna prestación o pago, si éstos tienen su origen en otros vínculos preexistentes entre los interesados.* [Sentencia 14 marzo 1953.]

El demandado, hijo de la actora, alegó que la prestación de alimentos a su madre representaba el pago del alquiler verbal de los locales objeto del pleito. El Juzgado estimó la demanda de desahucio que fué revocada en la Audiencia; interpuesto en recurso de Casación, especialmente por violación e interpretación errónea del artículo 1.565, 1.º, Ley Enjuiciamiento civil y doctrina legal aplicable, el T. S. da lugar a la casación reiterando sobre el concepto de precario la doctrina ya sentada en sentencias de 11 de noviembre 1941, 13 enero 1944, 10 octubre 1946 y 15 junio 1951.—J. C.

12. DESAHUCIO POR PRECARIO: CUESTIONES AJENAS A ESTE PROCEDIMIENTO: *Procede el desahucio contra el que sin título y sin pagar renta o merced ocupa un piso por mera tolerancia de la arrendataria, no pudiéndose discutir en este procedimiento especial, cuestiones ajenas a su finalidad como el de la validez o nulidad del contrato por el que el padre de los litigantes cedió sus derechos sobre el piso a la demandante arrendataria.* [Sentencia 7 febrero 1953.]

13. DESAHUCIO POR PRECARIO: RESARCIMIENTO DE GASTOS: INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 453 C. c.: *Declarado por sentencia firme el desahucio por precario no puede el demandado pedir la retención por mejoras de los bienes que estaba poseyendo acogiéndose al artículo 453 C. c., pues los derechos que tenga en ese aspecto están específicamente amparados por los artículos 1.604 y 1.605 L. E. C. que protegen los de todos los desahuciados, sin distinguir el origen de la tenencia en que estaban.* [Sentencia 27 enero 1953.]

14. DERECHO DE SUPERFICIE: *El mero permiso concedido al arrendatario de un solar para que edifique en él, es insuficiente para estimar constituido un derecho real de superficie.* [Sentencia 5 febrero 1953.]

OBSERVACIONES: Por no estar definido el derecho de superficie en la legislación clásica, el Código vigente, ni por los tratadistas, de un modo determinado y concreto, la sentencia de 4 julio 1928 exige para que pueda reconocerse su existencia legal, que se demuestre (claramente) con la escritura de su constitución o algún otro documento justificativo.

15. NEGOCIO FIDUCIARIO CON FINES DE GARANTÍA: TERCERO PROTEGIDO POR LA FE PÚBLICA: *Celebrado un contrato de compra-venta de una finca, que posteriormente por sentencia firme fué calificado de "negocio fiduciario*

con fines de garantía condicionado a pacto retractual", el subadquirente de buena fe, desconocedor del pacto de fiducia, queda protegido por el artículo 34 L. H. aunque pueda resolverse el derecho de su vendedor por ejercicio del derecho de recuperar. [Sentencia 20 marzo 1953.]

A. Doña A. C. R. vendió el 7 de octubre de 1932, en escritura pública número 266 del protocolo, a don S. S. C. una finca de labor que se inscribió a su nombre en el registro; en la misma fecha y ante el propio notario, con el núm. 267 del protocolo, vendió, a su vez, don S. S. C. una parcela de la finca adquirida a don M. R. R., venta que también se inscribió en el registro. En otro pleito seguido por doña A. C. R. contra don S. S. C. se dictó sentencia fecha 17 febrero 1940 condenando a esta última a pasar por la declaración de que la escritura pública núm. 266 es expresión de una garantía jurídica condicionada a pacto retractual entre la transmitente y el demandado acreedor, siendo posible a la actora el ejercicio del derecho de recuperar la finca vendida. Fallecido don M. R. R., su viuda, doña M. G. R., y su hija son demandadas por don B. V. F., que, en escritura pública de 2 de septiembre 1939 adquirió a título oneroso de doña A. C. R. todos los derechos que a ésta pudieran corresponderle en la finca en cuestión, ejercitando el demandante el derecho de recuperar la citada finca.

El Juzgado y la Audiencia, apreciando la buena fe del segundo comprador, don M. R. R., causante de las demandadas, desestima la demanda. Se interpone recurso por el demandante al amparo de los números 1.º, 7.º y 2.º del artículo 1.692 L. E. C. que aleja sustancialmente que don M. R. R., subadquirente, tuvo conocimiento del pacto de fiducia de la primera transmisión, por lo que no siendo de buena fe no podía ser protegido por la fe pública registral. El T. S. *no da lugar al recurso*, entre otras consideraciones de carácter procesal, por las siguientes:

"Que en los motivos tercero y cuarto, haciendo supuesto de la cuestión, se razona como si al realizar don M. R. R. su compra del inmueble no hubiera obrado con la buena fe que se le reconoce en la sentencia; tratándose en el motivo tercero de establecer distinciones, a las que se da distinto alcance, entre el convencimiento que acerca de esa buena fe en el comprador revela la sentencia de Primera Instancia y la recurrida, diferencias que sustancialmente no existen al fundarse en esa buena fe los dos fallos, pero que si se admitieran como ciertas siempre habría de estarse a las conclusiones de la sentencia de la Audiencia, que es la recurrida..., argumentándose en el motivo cuarto acerca de la validez de la segunda compra-venta, la realizada entre don S. S. C. y don M. R. R., como si a este comprador no le amparase por su carácter de tercero, a efectos de la Ley Inmobiliaria, el citado artículo 34, cuando por lo dispuesto en ese precepto legal tiene derecho a seguir siendo dueño de la finca que adquirió, aunque pueda resolverse el de su vendedor, lo que hasta ahora no consta tampoco que haya ocurrido... (Considerando 5.º).

16. CONVERSIÓN DE INSCRIPCIONES DE POSESIÓN: *La conversión de las inscripciones de posesión en inscripciones de dominio justifica que no existan asientos contradictorios en el Registro, pero no que en la realidad no se dieran supuestos interruptivos de la posesión.*

INFORMACIÓN POSESORIA: SU VALOR: *La información posesoria sólo sirve para acreditar el hecho de la posesión, pero no constituye el justo título a que se refiere el artículo 1.952 del C. c.* [Sentencia 23 abril 1953.] (V. 1, 5 y 8.)

• **OBSERVACIONES:** Concuerda con la sentencia de 23 de mayo de 1929, que contiene la doctrina de que "la información posesoria prueba la posesión, pero no es bastante para transferir el dominio". Ambas tesis se complementan perfectamente, pues el artículo 1.952 exige, a efectos de usucapión, que el título sea justo, es decir, "que legalmente baste para transferir el dominio". Como dice Gómez Acebo ("La buena y mala fe", Rev. Dr. Pr., marzo 1952. pág. 206), el justo título ha de ser traslativo siempre.

Por el contrario, la información posesoria, en cuanto modalidad de titulación supletoria, no justifica el negocio o causa jurídica de la traslación-adquisición, sino que se limita a justificar la titularidad del derecho que aparece en ella, en su tenencia, atribución o permanencia. (v., Roca Sastre, "Legislación Hipotecaria", segunda edición, II, 16 y 41.)

D. I.

III. Derecho de obligaciones.

1. **OBLIGACIONES CONDICIONALES: CUMPLIMIENTO DEL EVENTO:** Véase Sentencia 26 febrero 1953 (v. 45).

2. **EXTINCIÓN DE OBLIGACIONES: EXPIRACIÓN DE PLAZO:** *No puede pedirse el cumplimiento de una obligación haciéndola revivir después de extinguida.* [Sentencia 14 abril 1953.]

A. concierta en febrero de 1939 la compra con B. de una determinada partida de mercancía, entregándole a cuenta la cantidad de 25.000 pesetas. Terminada la guerra de liberación y transcurridos siete años, A. exige el cumplimiento del contrato, oponiéndose los herederos por entender que ha expirado el plazo y además por haber incumplido A. la obligación de entregar las 25.000 pesetas que se pactaron, puesto que dicha cantidad, con arreglo a la Ley de Desbloqueo, tenía un valor inferior.

El Tribunal Supremo, confirmando la sentencia de la Audiencia, que no estimaba la demanda, declara: "No hay violación del artículo 329 del C. de C., por no condenar la sentencia recurrida al demandado al cumplimiento del contrato de seis de febrero de 1939, ya que era de vigencia limitada hasta el 31 de agosto de 1939 y pasada dicha fecha no podía pedirse su cumplimiento, ya que es causa de extinción no sólo las mencionadas en el artículo 1.156 del C. c., sino también la expiración del plazo de vigencia del contrato" (Considerando 1.º).

3. **INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: DETERMINACIÓN DE ÉSTOS:** *La utilidad obtenida por la demandada con el uso de local que debió entregar y no lo hizo no es base adecuada para determinar la utilidad que hubiera obtenido la demandante ejerciendo en el mismo local una actividad distinta.*

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: PRUEBA DE SU EXISTENCIA: *El solo hecho de no usar una parte de mostrador por utilizarla indebidamente la demandada no influye necesaria e indefectiblemente en la obtención de menores utilidades de las que lograba la actora con el resto de la tienda.* [Sentencia 25 abril 1953.] (V.39 y 41.)

4. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *Para hacer efectiva en juicio la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones ha de justificarse, además de la infracción, la realidad de aquéllos.* [Sentencia 14 octubre 1952.]

5. DERECHO DE RETENCIÓN: Véase S. 27 enero 1953 (II, 13).

6. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Los artículos 1.282 y 1.289 son inaplicables para suplir una omisión material existente en un contrato.* [Sentencia 3 febrero 1953.] (V. I, 8.)

... "los artículos 1.282 y 1.289... que por contener normas de interpretación de las estipulaciones de los contratos cuando las palabras empleadas en ellas parecieran contrarias a la intención de los contratantes o sus cláusulas fueran ambiguas por emplearse términos que tengan diversos sentidos, son completamente ajenos al caso discutido, en el que la misma parte sostiene en el motivo primero... que no se trata de interpretar cláusulas que adolezcan de oscuridad o palabras de más de un sentido, sino de suplir lo que dicha parte estima como una omisión material que existe en dicho contrato" (Considerando 5.º).

7. ACCIÓN DE NULIDAD DE CONTRATO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: ARTÍCULO 1.302 C. c.: *Dicho artículo no impide que puedan ejercitarla los terceros a quienes perjudique la obligación como medio legítimo para obtener la reparación de su derecho.*

VENTA DE COSA AJENA: EFECTOS OBLIGACIONALES: *La venta de cosa ajena produce efectos entre los contratantes para exigir el cumplimiento del contrato o la indemnización correspondiente si tal cumplimiento fuere imposible, pero no podría afectar al copropietario de la cosa, tercero, que no puede ser desposeído de su derecho por virtud de un contrato en que no haya intervenido y cuya nulidad puede reclamar.* [Sentencia 11 abril 1953.] (v. V, 1.)

A. Como consecuencia de operaciones particionales se adjudicaron a dos hermanos bienes en pago de sus cuotas herenciales que eran de un tercio la de A. y dos tercios la de B., dejando sin incluir en el inventario y sin adjudicar una colección de objetos de arte que quedaron en posesión de A.; éste procedió a la venta de ocho piezas de la colección o museo a favor de un Ayuntamiento. Enterado B. presenta contra su hermano demanda solicitando la nulidad de la venta y la restitución a la comunidad hereditaria de cuantos objetos de arte hubieran sido retenidos por A. para proceder a su inventario, tasación y di-

visión en la proporción antes expresada. La demanda fue estimada en ambas instancias. A. interpone recurso de casación al amparo del número 1.º, 1.692 L. E. C., por violación, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 1.302 y 348 en relación con el 1.475 y 399 del C. c.

El T. S. *no da lugar al recurso* por las consideraciones arriba extractadas.

B. OBSERVACIONES: Aunque en el recurso se discute el problema de la legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad de contratos—artículo 1.302—estimamos que en buena técnica no procedía dicha acción porque el contrato de compraventa otorgado por el comunero A. no era como tal contrato obligacional nulo ni anulable por no incurrir en ninguna de las causas de nulidad absoluta o relativa, sino que simplemente carecía de eficacia traslativa por falta de titularidad de disposición del enajenante, defecto que no era susceptible de convalidación, aunque se trataba de bienes muebles, al amparo de la doctrina de las adquisiciones “a non domino”, pues la venta realizada por un comunero sin intervención de los demás partícipes implica un caso claro de privación ilegal que cae dentro de la excepción a la regla del párrafo primero del artículo 464 Código civil (J. C.).

8. PROHIBICIONES DE LA COMPRA-VENTA: MANDATARIOS: NÚMERO SEGUNDO, ARTÍCULO 1.459 C. C.: *La prohibición del número segundo del artículo 1.459 C. c. es aplicable en todo caso de compra de bienes por el administrador y no únicamente en los de autocontratación o autoentrada. No es de aplicación dicho precepto cuando la venta es a pacto de retro.*

SU DISTINTO RÉGIMEN DEL MANDATO MERCANTIL.: *El mandato mercantil se rige en este punto por normas específicas—los artículos 267 y 288 del Código de Comercio—que excluyen la aplicación del número segundo del artículo 1.459 C. c. [Sentencia 10 marzo 1953.]*

A. Una señora nombró administrador general de sus bienes a un sobrino, el demandado, que posteriormente se los compró en documento privado; fallecida la vendedora bajo testamento en que instituyó heredero a otro sobrino, presenta éste demanda de reivindicación contra aquél y contra otros sucesivos adquirentes de los mismos bienes. El Juzgado estima la demanda, que es desestimada, en cambio, en la Audiencia. Interpuesto recurso de casación por el demandante, al amparo del número primero, 1.692 L. E. C., por falta de aplicación del número segundo, 1.459 Código civil, el T. S. da lugar al recurso en virtud de los siguientes razonamientos:

“que la disposición del párrafo segundo del artículo 1.459 C. c. es una protección de estricta moralidad a las personas que han confiado a otras la administración de sus bienes, establecido con carácter general para evitar dificultades que se tendría en cada caso concreto para probar el fraude o engaño con que hubiera obrado el administrador o el perjuicio para el propietario, y por eso es aplicable en todos los casos de compra de bienes por el administrador y no únicamente en los de autocontratación, ya que la prohibición que se extiende a los casos en que esa autocontratación es imposible como las adquisiciones en subasta pública y las

que se valen de persona intermedia y hasta en aquellas que, como el presente, quien concurre a otorgar la venta es el mismo propietario mandante, pues esto no excluye la posibilidad de que se haya cometido fraude por el administrador, porque éste puede tener lugar no sólo en el momento de la venta, sino durante toda su gestión, desvalorizando ya intencionada o ya negligentemente los bienes, poniéndolos así en trance de hacer forzosa o conveniente su venta, y esto queda demostrado también porque nuestro Código, a diferencia de otros, no limita la incapacidad al mandatario para vender, sino que la extiende al mandatario para administrar, y si hubiera estado en la intención del legislador tener por purgadas de esa sospecha legal las ventas hechas por el propio mandante, hubiera seguido el ejemplo del artículo 288 del C. de C., y así lo reconoce este Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de noviembre de 1907...” (Considerando 2.º).

“que tampoco puede invocarse en este recurso las otras dos sentencias alegadas ante esta Sala: la de 17 de junio de 1920, porque en el caso que resuelve fué la venta a pacto de retro por tiempo de cuatro años, y esto, como esa misma sentencia dice, no integra una transmisión definitiva e irrevocable, lo que le da un carácter diferente del caso actual y aleja toda posibilidad de perjuicios para el dueño porque podía recuperar la finca por el mismo precio de venta, y esta imposibilidad de fraude es suficiente para marcar una diferencia esencial cuando la *ratio legis* es evitar el fraude..., y tampoco la de 3 de junio de 1949, porque en ella se trataba de un contrato privado para la venta, transferencia y cesión de determinados derechos y ciertos bienes muebles y el apoderamiento al comprador era para que “con el carácter de factor mercantil rija y administre los negocios de transporte de viajeros” de que era titular el vendedor, caso muy diferente del presente en que el mandato es esencialmente civil y regido por el Código civil, que en su artículo 1.459 contiene prohibiciones distintas de las que especialmente y en razón a su función sujetan al factor mercantil según los artículos 267 y 268 del Código de Comercio...” (Considerando 3.º).

9. RETRACTO DE COLINDANTES: TRANSMISIONES SUCESIVAS: LEGITIMACIÓN PASIVA: *Transmitida una finca sujeta a retracto tres veces sucesivas no puede prosperar aquel derecho cuando la primera demanda fué presentada fuera del plazo legal contra el primer comprador y las demandas posteriores contra los otros dos como ampliación de la primera para obtener la declaración de ineficacia o rescisión de las dos sucesivas ventas efectuadas.* [Sentencia 10 abril 1953.]

A. Ejercitada la acción de retracto frente al primer comprador, declara éste en la contestación a la demanda haber enajenado la finca a otra persona, contra la que el demandante ejercita nuevamente el retracto, contestando ésta a su vez haber vendido la finca a un tercer comprador, contra el que también se ejercita la acción. El retrayente hace constar que el retracto era uno sólo referido a la primera venta, teniendo las dos últimas demandas el carácter de ampliación de la acción de retracto pri-

mcramente ejercitada para que sus respectivos contratos pudieran ser declarados sin eficacia legal o rescindidos.

El Juzgado y la Audiencia desestiman la demanda de retracto por apreciar de la prueba que la primera acción había sido ejercitada fuera del plazo de los nueve días que abarca el artículo 1.524 C. c. El recurrente alega sustancialmente inaplicación de los artículos del Código civil que regulan el retracto de colindantes y error de hecho en la apreciación del plazo legal de los nueve días. El T. S. *no da lugar al recurso*, entre otros razonamientos procesales—ver D. Pr...—por la forma subsidiaria de proponerse las demandas contra los dos últimos compradores y por haber caducado la primera acción ejercitada, declarando:

“que así formulado el segundo motivo es notoria su desestimación, primero porque no es cierto que uno de los demandados haya reconocido que estaba en vigor el término de los nueve días al tiempo de la demanda, ya que, lo que dijo uno de ellos, sin trascendencia para los restantes demandados, fué que el actor casi había agotado el plazo de la *caducidad de la instancia*, no el de *caducidad de la acción de retracto*, sin presentar la conciliación que no había acompañado a la demanda, y segundo, porque hay constancia en autos de que entre las fechas de las sucesivas ventas y las de las demandas mediaron varios meses, y en cuanto a la afirmación por el demandante de que ejercitaba la acción de retracto dentro de los nueve días siguientes al de la fecha en que tuvo conocimiento de las ventas, la prueba testifical, sometida a la prudente y soberana apreciación del Tribunal “a quo”, ha demostrado todo lo contrario, y, en consecuencia, queda firme en casación el hecho probado en la instancia y determinante, en el aspecto jurídico, de la caducidad de la acción de retracto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.524 del Código civil, lo que conduce también a la desestimación del primer motivo del recurso en que se alega que en cada uno de los tres pleitos acumulados se ejercitó el derecho a retraer en tiempo hábil, sobre todo en los dos últimos, siendo así que, según alegó repetidamente el actor-recurrente, y de modo bien concreto y expresivo en el hecho octavo en la demanda articulada en el tercer pleito, las tres demandas se contraen a un solo retracto referido al de la primera venta y primer pleito, siendo las dos demandas posteriores mera ampliación de la primera para obtener la declaración de ineficacia legal o rescisión de las dos sucesivas ventas efectuadas después de iniciado el primer pleito, sin que a mayor abundamiento pudieran ser viables, como acciones de retracto, las puestas en ejercicio en los dos últimos juicios, por falta de la consignación exigida por el artículo 1.618 segundo, de la L. E. C., requisito sólo cumplido en el primero de los citados procesos” (Considerando 2.º).

B. OBSERVACIONES: La doctrina de la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de retracto legal cuando la finca es objeto de sucesivas transmisiones ha sido cuidadosamente elaborada por el T. S. Partiendo de los principios de que “nadie puede dar lo que no tiene” y el de que “nadie puede ser condenado sin ser oído”, el Tribunal Supremo tiene declarado que para que prospere la acción de retracto en base de una primera ena-

jenación, si la finca ha sido nuevamente transmitida, es necesario ampliar la demanda a los adquirentes sucesivos, pues no se puede condenar al primer comprador que ha dejado de ser dueño, a la restitución de una cosa que ya no se encuentra en su patrimonio ni se pueden rescindir las sucesivas enajenaciones a espaldas de los adquirentes posteriores. Sin embargo, cuando el retrayente tiene conocimiento de la segunda enajenación después del período expositivo—es decir, una vez contestada la demanda—, ya no hay términos hábiles procesales para ampliarla a los compradores sucesivos, por lo que la demanda contra el primero está bien planteada; en este caso, dice el T. S., el fallo condenará al primer adquirente, absteniéndose en lo que se refiere al segundo por no haber sido parte en el juicio sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se acuerde lo que sea procedente si la obligación de dar (restituir) resulta imposible. En el caso presente la vía procesal del retracto está mal planteada, porque si bien el retrayente dirigió nuevas demandas contra los posteriores compradores, más que de retracto eran de rescisión de las posteriores enajenaciones, faltándoles además para que fueran tales el requisito de la consignación que preceptúa el artículo 1.618 L. E. C. La resolución del litigio hubiera sido otra si el interesado hubiera presentado nuevas demandas de retracto contra los sucesivos compradores—o solamente contra el último—dentro del plazo legal de nueve días, contados a partir de la respectiva enajenación, haciéndolas independientes de la primera acción ejercitada que quedó frustrada por caducidad. (Véanse Sentencias 7 mayo, 1926, 2 febrero 1949 y 25 febrero 1950).—(J. C.)

10. DONACIÓN SIMULADA CON INTENCIÓN DE DEFRAUDAR LAS LEGÍTIMAS: Véase S. 28 febrero 1953 (I. 6).

11. ARRENDAMIENTO: CALIFICACIÓN: SUBARRIENDO CONSENTIDO: *La facultad de subarrendar no desnaturaliza la tipicidad del arrendamiento ni da lugar a complejidad de éste.* [Sentencia 5 febrero 1953.]

12. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CON CLÁUSULA DE TANTEO: COMPLEJIDAD: *No hay complejidad en un arrendamiento pactado con cláusula de tanteo a favor del arrendatario, si expira el plazo previsto sin producirse el evento, por lo que dicha cláusula es inoperante a efectos impeditivos del desahucio.* [Sentencia 5 febrero 1953.]

“... ni el derecho de tanteo ofrece en el caso controvertido complejidad alguna, porque concedido por la cláusula novena del contrato para el supuesto de que el propietario del solar decidiese venderlo durante la vigencia del arrendamiento, el hecho de haber expirado el término de vigencia sin que se haya producido el evento previsto, torna estéril e inoperante dicha cláusula a efectos impeditivos del desahucio fundado en el hecho reconocido de haber expirado el término convencional del arrendamiento”. (Considerando 4.º).

13. ARRENDAMIENTO DE COSAS: REQUISITOS: ARTÍCULO 1.543: TEMPORALIDAD: *No es imprescindible que el tiempo de duración se determine exactamente, pues lo que requiere el artículo 1.543 es que la cesión del uso no sea a perpetuidad.* [Sentencia 14 febrero 1953.]

"... el contrato en cuestión es un arrendamiento, pues el mismo recurso reconoce que se dan los hechos que configuran tal contrato, como son que por aquél Doña ... cede el goce o disfrute de la finca de autos, entre otras, como pueden hacerlo los usufructuarios por el precio cierto de cuatro mil novecientas dieciocho pesetas con treinta y tres céntimos mensuales por tiempo que, aunque no determina exactamente el contrato, no es eso imprescindible, porque lo que requiere el artículo 1.543 del Código civil es que no sea a perpetuidad y no que el plazo se fije definitivamente y su temporalidad aparece de que queda a la decisión de la arrendadora el dar por terminado el contrato si los hijos no cuidaren de las fincas con la obligada diligencia o por otros motivos que indica sin que haya el menor motivo para suponer, como quiere el recurrente, que el contrato tenga que durar toda la vida de la arrendadora". (Considerando 2.º).

OBSERVACIONES.—Sobre el requisito del tiempo en el arrendamiento de cosas se había mostrado indeciso el Tribunal Supremo hasta ahora en dos antiguas sentencias, contradictorias, de 11 de febrero de 1908 y de 15 de octubre de 1924.

En la de 1908 declaraba ser manifiesto "que la circunstancia de su perpetuidad no se aviene ni conforma con las condiciones intrínsecas de dicho contrato", que a continuación diferenciaba del censo enfiteútico precisamente por la nota de temporalidad del arrendamiento. Pero haciendo notar que se mantiene dicho carácter de arrendamiento "en los indefinidos o celebrados con la limitación de una o más generaciones, porque en tal supuesto el arrendador conserva la integridad de todos sus derechos para poder recobrar en determinado día o momento la finca arrendada".

Admite, pues, esta Sentencia que un arrendamiento pueda serlo por tiempo indefinido, no obstante la frase "por tiempo determinado" contenida en el artículo 1.543, siempre que el arrendador conserve sus derechos a recobrar el goce de la cosa arrendada.

Por el contrario, la Sentencia de 1924, si bien referida a la cesión de una cantidad de agua que se asignaba a un molino contra el pago de una pensión anual que se fijaba por tiempo indefinido, le niega el carácter de arrendamiento en razón a que esta nota de "tiempo indefinido" es un "concepto incompatible con el arrendamiento".

En la Sentencia que estudiamos el Tribunal Supremo se inclina decididamente por el criterio que mantuvo en la de 1908 (aplicando, por cierto, la legislación derogada por el Código civil), apartándose de la más moderna.

Sigue casi textualmente la tendencia de la doctrina patria, y en concreto de Castán, en la forma ya resumida, distinguiendo entre temporalidad, imprescindible en el arrendamiento, y perpetuidad, carácter incompatible con él. Y separando también la perpetuidad de la temporalidad indefinida, la cual puede darse en el arrendamiento cuando no se pacte tiempo determinado, como lo demuestran los artículos 1.577 y 1.581, dice Castán, al establecer reglas sobre la duración del contrato para aquellos casos en los que las partes se no hayan fijado plazo. (D. I.)

14. ARRENDAMIENTO: USO DE LA COSA ARRENDADA: DESAHUCIO: *No procede el desahucio al amparo de los artículos 1.555, segundo, y 1.569, cuarto, del Código civil cuando sólo se prueba que el arrendatario tiene su domicilio legal en otra localidad y no que haya dejado de ocupar o habitar el piso arrendado.* [Sentencia 17 febrero 1953.]

“Considerando que el arrendatario está obligado a usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia destinándola al uso pactado y en defecto de pacto al que se infiere de la naturaleza de la misma según la costumbre de la tierra, constituyendo causa de desahucio el incumplimiento de tal obligación..., pero como en la sentencia recurrida se declara que no aparece en modo alguno demostrado que el demandado hubiera dejado de ocupar y habitar el piso materia del litigio y objeto del arrendamiento—que era lo que alegaba el demandante como fundamento de la acción—, sino que dicho demandado vivía y residía en Sevilla y ocupaba y habitaba dicho piso, y esta apreciación de prueba no ha sido eficazmente impugnada, es visto que la causa de desahucio invocada por el actor, no ha existido, no obstante darse la circunstancia de que el demandado fuera maestro nacional, con destino en L..., y que el domicilio de los funcionarios públicos sea el lugar donde sirvan su destino, pues el domicilio legal de tales funcionarios puede ser distinto por diversas causas de su residencia de hecho” (Considerando 2.º).

15. ARRENDAMIENTO: DETERIORO DE LA COSA ARRENDADA: RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO: *No son aplicables los artículos 1.563 y 1.564 C. c. cuando la Sala da por probado que los daños fueron originados fundamentalmente por defectos en la construcción del inmueble.*

ARRENDAMIENTO: USO INDEBIDO DE LA COSA: RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO: *Para exigir la indemnización de daños y perjuicios al arrendatario, por incumplimiento de la obligación que le impone el núm. 2.º del artículo 1.557 C. c., es preciso demostrar que rebasó los límites del uso de la cosa señalados en el mismo contrato.* [Sentencia 23 marzo 1953.] (V. 28.)

16. ARRENDAMIENTO: RESOLUCIÓN POR MUTUO DISENSO: *Resultado por mutuo disenso de las partes el contrato de arrendamiento de una finca la permanencia del arrendatario en ella es lícita e indebida desde el día prefijado para desahuciarla, aunque la sentencia que así lo declare sea posterior a la fecha indicada.* [Sentencia 14 octubre 1952.] (V. 21.)

17. LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: QUÉ CONTRATOS GOBIERNA: *Los contratos de arrendamientos de fincas urbanas que constituyan edificaciones habitables. No es aplicable a un solar por faltar a ésta la cualidad “sine qua non” de habitabilidad.* [Sentencia 5 febrero 1953.]

“La citada Ley de Arrendamientos gobierna los contratos de arriendo que tienen por objeto fincas urbanas destinadas a vivienda o a local de negocio y para su acoplamiento en el ámbito de la legislación especial exige el artículo primero de la misma que el arriendo recaiga sobre edificaciones habitables, quedando excluidas de su ordenamiento jurídico los contratos, como el de autos, en que lo cedido en uso por el arrendador es un solar que, por serlo, carece de la cualidad sine qua non de habitabilidad, aunque sea apto para ser destinado a negocio mercantil

o fabril y el arrendatario, debidamente autorizado, haya construido en él una nave industrial que por no existir en el momento de la contratación, ni pertenecer al propietario del suelo hasta la extinción del vínculo arrendaticio, no pudo ser objeto del arrendamiento originario, que lo limitó al solar, siquiera por el destino convenido a los solos efectos de deslinde jurisdiccional se le haya asignado en esta resolución la equivalencia de establecimiento mercantil" (Considerando 5.º).

Véase materia procesal en esta misma sección.

CONCORDANCIAS.—Sentencias de 29 octubre 1949 y diciembre del mismo año 1949.

18. LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: INAPLICABILIDAD AL ARRENDAMIENTO DE UN SOLAR: *Esta ley especial no es aplicable al arrendamiento de un solar por faltar a éste la cualidad, imprescindible, de la habitabilidad.* [Sentencia 5 febrero 1953.]

OBSERVACIONES.—Concuerda con la sentencia de 29 octubre 1949. Véase también la de 2 diciembre 1949.

19. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: NATURALEZA: POSIBILIDAD DE DESAHUCIO: *La industria es una entidad compleja, integrada por los enseres, la maquinaria, el local en que ésta está instalada y una organización, que constituyen un todo orgánico para una actividad industrial, y no puede ser calificada de cosa mueble para sostener que no puede ser objeto de desahucio.*

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA DE ESPECTÁCULOS: DESAHUCIO: TRIBUNALES COMPETENTES: *No lo son los que señala el artículo 160 de la LAU.*

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: DESAHUCIO: TRIBUNALES COMPETENTES: *En el arrendamiento de industria, la finca en que ésta se ejerce es uno de tantos elementos que la integran, pero no el predominante, que pueda determinar la competencia del juez que ha de entender del juicio de desahucio de la industria de que forma parte.*

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA DE ESPECTÁCULOS: DESAHUCIO: *Los arrendatarios de una industria perteneciente a la clase de espectáculos, carecen de la posibilidad de enviar la acción de desahucio por falta de pago de las rentas mediante el pago de ellas antes de serles notificada la sentencia definitiva.*

DESAHUCIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Uno de los copropietarios puede ejercitar por sí solo la acción de desahucio por falta de pago de la renta en beneficio de todos los conductos, máxime cuando no consta la oposición de éstos.* [Sentencia 18 abril 1952.]

20. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: *Lo es el contrato de arrenda-*

nimiento de un molino que contiene los elementos fundamentales de la industria de molinera y panadería y en el que se impone al arrendatario la obligación de ejercer la referida industria, que se ejerce con anterioridad, y cuyo conjunto está pendiente, para ser susceptible de explotación inmediata de pequeñas reparaciones en el molino. [Sentencia 8 junio 1953.]

"... la circunstancia de que el arrendatario tuviera que hacer pequeñas reparaciones en el molino que duraron quince días no obsta a apreciar la existencia del arrendamiento de industria, pues aunque es verdad que el artículo 4.º de la Ley al definir el contrato de arrendamiento de industria como referida a una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas, existe perfecta analogía, entre el caso mencionado por la Ley y el de que el objeto arrendado exija pequeñas reparaciones, por lo que este caso había de ser incluido también en la excepción últimamente expresada a tenor de lo dispuesto en el artículo 13 de la misma ley" (Considerando 4.º).

21. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: *Lo es el arriendo de una fábrica de tejidos de yute cuya merced se establece en proporción al número de máquinas en actividad y al de horas en que éstas trabajan, sin que obste a dicha calificación el que la fábrica no estuviera en marcha al celebrarse el contrato, ni el que fueran de distinta clase los tejidos fabricados antes y después del arriendo, ni aun en el caso de que esa diferencia alcanzara al cambio de clientela. [Sentencia 14 octubre 1952.] (V. 16.)*

A. "... sin que obste para esta apreciación (la calificación dada al arrendamiento) que la fábrica no estuviera en marcha al celebrarse el contrato..., máxime en este caso en que no consta el tiempo que estuviera esa industria paralizada antes de otorgarse el arrendamiento y que se puso en marcha veintidós días después de su firma..., ni tampoco desvirtúa el concepto de aprovechamiento de la explotación fabril anterior para el arrendatario el que fueran de distinta clase los tejidos fabricados antes y después de entrar en él en la explotación del negocio con la consiguiente edición o sustitución de los elementos industriales arrendados..., ni aun en el caso improbado e improbable de que esa diferencia alcanzara al cambio de clientela, pues esto sería cuestión propia no de la transmisión de una fábrica a la que no atañe este aspecto puramente comercial, sino al de transmisión de empresa, que nada tiene que ver aquí y que son distintas según repetida jurisprudencia, entre otras sentencias la de 30 noviembre 1950..." (Considerando 2.º).

OBSERVACIONES.—Se distingue en el Considerando reproducido la transmisión de industria de la transmisión de empresa frecuentemente confundidas, incluso por algunos tratadistas.

22. ARRENDAMIENTO URBANO: LOCAL DESTINADO A MERO ESCRITORIO: *La cláusula, contenida en un contrato de arrendamiento anterior a la LAU, según la cual el piso arrendado se destina a industria, no impide que el local sea calificado como vivienda en virtud de las normas establecidas por ésta.*

ARRENDAMIENTO URBANO: DE VIVIENDA: *Para calificarlo de tal no es obstáculo que el arrendatario sea una persona jurídica.*

ARRENDAMIENTO URBANO: REVISIÓN DE RENTA: PLAZO PARA EJERCITARLA: *Constituye un plazo de caducidad, al que, por tanto, no son aplicables en absoluto las normas reguladoras de la prescripción.* [Sentencia 24 marzo 1953.]

A. En el contrato de arriendo del piso litigioso otorgado en el año 1929 se estipuló que éste se destinaría a industria. Los propietarios de la finca, apoyándose en ello, consideran que el arrendamiento lo es de local de negocio, y, en consecuencia, estimando aplicable al mismo el apartado b) del artículo 118 de la LAU, incrementaron la renta en un 40 por 100. La Sociedad arrendataria formuló demanda de revisión, apoyándose en que el local referido no es un establecimiento mercantil, estando sólo dedicado a oficinas o escritorios y en ocasiones se emplea como pequeño almacén para algunos productos y que en el mismo tiene su domicilio el representante de la empresa arrendataria a cuyo cargo están las expresadas oficinas. Por consiguiente, no es aplicable a dicho arrendamiento lo dispuesto en el apartado b) del artículo 118 de la LAU y es improcedente la elevación del 40 por 100. Los propietarios opusieron la excepción de prescripción. En ambas instancias fué desestimada esta excepción y prosperó la demanda. Interpuesto recurso de injusticia notoria...

... El T. S. declara *no haber lugar*, "... porque, aparte de que se trata de una acción de caducidad, dados los términos literales en que se fija el plazo de duración de su ejercicio, a la que según la sentencia de 10 marzo 1942 no son en absoluto aplicables las normas reguladoras de la prescripción es obvio que, aun en este supuesto, los motivos mencionados no podrían prosperar; porque aunque es doctrina reiterada de esta Sala que la presentación de la demanda sólo interrumpe la prescripción cuando se presenta en forma admisible y fuese admitida no siendo discutible siquiera que faltase a la originaria del proceso ningún requisito esencial y, probado asimismo, sin impugnación adecuada, que se formuló dentro de los tres meses de la fecha en que se realizó el primer pago, no obsta a los fines perseguidos que dos días después de su admisión se dejara en suspenso su curso, por no haber acompañado a la misma la certificación del acto conciliatorio, declarado como está, por sentencias de 25 y 30 noviembre 1950 que en los procedimientos establecidos en el capítulo XII de la LAU, no es exigible tal requisito; por lo que es forzoso concluir que presentada y admitida en tiempo la demanda, tuvo plena eficacia a los efectos pretendidos por la parte demandante" (Considerando 2.º).

"... porque si bien es cierto que en el contrato de arriendo se estipula que se destinará el piso arrendado a industria, tal manifestación no puede servir de base para demostrar la equivocación del juzgador, al calificarlo como vivienda en virtud de las normas establecidas en la vigente Ley, que es la tenida en cuenta por los demandados como fundamento de la elevación de la renta pactada, en el año 1929, fecha del arriendo..." (Considerando 3.º)

"... sin que obste a lo expuesto (la calificación del local como vivienda), que éste (el local) se halle también destinado a depósito de algunos productos para su entrega en pequeñas cantidades a los farmacéuticos, por cuanto tal actividad está expresamente autorizada por el artículo 10, que no excluye de su ámbito a las personas jurídicas" (Considerando 4.º).

B. OBSERVACIONES: Es muy plausible la doctrina sentada en el Considerando 3.º El que los locales destinados a mero escritorio u oficina, queden sometidos al régimen arrendaticio de las viviendas, conforme al artículo 10 de la LAU, no puede hacerse depender de una clasificación o calificación dada por los contratantes mucho antes de la vigencia de la Ley y con arreglo a un criterio distinto al de ella.

23. ARRENDAMIENTO URBANO: PRUEBA: *La no inclusión de un sótano destinado a depósito de carbón entre los cuartos y locales que se mencionan en la cédula de habitabilidad de un piso, no desvirtúa el documento en que se consigna el contrato de arrendamiento del mismo y en el que consta que dicho sótano está incluido en el arriendo.* [Sentencia 28 junio 1952.]

"... porque ese documento (la cédula de habitabilidad) se expide sólo a instancia del dueño de la casa y como trámite para que pueda alquilarla para vivienda, sin que, por lo tanto, las omisiones que en dicho documento puedan observarse afecten al arrendatario, y... porque el fin que con esa cédula se persigue es el que tengan las debidas condiciones de salubridad e higiene los edificios que se destinan a moradas humanas y de permanencia que tengan continuidad con aquéllas, y el local que se discute en esta litis sólo está destinado a depósito de carbón." (Considerando 2.º)

24. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: PRUEBA: *Las alegaciones hechas por el arrendatario en instancia dirigida al Ayuntamiento de M., con el fin de que la cuota satisfecha por apertura de su establecimiento en el local arrendado fuera tenida en cuenta cuando se trasladara al edificio de su propiedad, ni por su naturaleza, ni por su intención, ni por la entidad a que iban dirigidas, pueden estimarse como actos con trascendencia en sus relaciones de carácter jurídico privado con el arrendador.*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: REQUISITOS QUE HAN DE CONSTAR EN EL CONTRATO: *La falta de consignación en el contrato escrito de arrendamiento, de la clase de comercio o industria a que se destina el local arrendado no es causa de desahucio en la LAU ni en la legislación anterior.*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: INDUSTRIA A QUE SE DESTINA: *La falta de formalidades administrativas o de condiciones facultativas para el ejercicio de una industria, no desvirtúa la apreciación de la sentencia recurrida, según la cual se da por reprobado que los dueños de la finca conocieron y autorizaron el destino de la finca arrendada para el ejercicio de la referida industria.* [Sentencia 4 junio 1952.]

25. LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: SU RETROACTIVIDAD: *Exige un contrato en vigor el día en que comenzó aquélla a regir, es decir, el 3 de abril de 1947.* [Sentencia 28 febrero 1953.]

26. ARRENDAMIENTO URBANO: RETRACTO: ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DEL PRECIO DE TRANSMISIÓN: SU CONTENIDO Y SU AUTONOMÍA: *No produce más consecuencia que la anulación del contrato transitorio y con ello queda agotado su contenido, por ser independiente de las acciones de tanteo y retracto.* [Sentencia 31 enero 1953.]

“... determinándose por el artículo 67... que se presumirá, sin admitirse prueba en contrario, que es excesivo el precio si el figurado en la escritura de venta o en la adjudicación, incluido en su caso el importe de la carga, rebasa de la cantidad que arroje la renta pactada por el piso capitalizada al tres por ciento... o al cuatro y medio por ciento... (según los casos), previniéndose también por el citado artículo que cuando se diera la mencionada presunción y el inquilino o arrendatario no ejercitase el retracto, lo que únicamente podrá hacer por el precio figurado en la escritura de venta o acta de adjudicación, le cabrá instar la anulación del contrato transitorio, y que esta acción caducará a los sesenta días contados desde la fecha en que pudo ejercitar la de retracto.” (Considerando 1.º)

“... Que así como el efecto propio de las acciones de tanteo y de retracto es la transmisión de la propiedad de la cosa arrendada en favor del inquilino a arrendatario que las ejerce, la acción de impugnación del precio que se considere excesivo no produce más consecuencia que la anulación del contrato transitorio y con ello queda agotado el contenido de dicha acción” (Considerando 2.º).

OBSERVACIONES: Es rotunda la posición de nuestro Tribunal Supremo en cuanto a la consideración autónoma de la acción de impugnación de precio, con plena independencia de las acciones de tanteo y retracto que asisten al arrendatario. Parece exagerada y aun abusiva esta protección, por falta de interés protegible. Ya puede considerarse como suficientemente anómalo el hecho de que, sin probarse una simulación en el precio de la enajenación, se autorice al arrendatario a retraer por el “precio legal” (precio de capitalización conforme a las normas legales), resolviendo una venta perfectamente legal, sin que, además, se deje al simple capricho del arrendatario la posibilidad de impugnar el precio de la enajenación, anulando el contrato transitorio, en aras de un interés tan eventual y vago, como el que pueda tener el arrendatario en que no cambie la persona del arrendador. (D. I.)

27. ARRENDAMIENTO URBANO: RETRACTO: RENTA BASE PARA CAPITALIZAR: ART. 67 LAU: *La capitalización ha de hacerse sobre la renta pactada por el piso y no sobre la renta legal, no siendo computable el cuarenta por ciento impuesto por el artículo 118.* [Sentencia 31 enero 1953.]

28. ARRENDAMIENTO URBANO: DAÑOS CAUSADOS EN LA FINCA POR EL ARRENDATARIO: RECLAMACIÓN: *No puede pedirse a la vez y en el mismo juicio la condena al abono de los daños causados en la finca por el arrendatario y la resolución del contrato por falta de pago de los mismos.*

ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: DAÑOS EN LA FINCA: *Para que haya lugar a la resolución del contrato por aplicación de la causa quinta del artículo 149 de la LAU, es preciso que los daños sean causados dolosamente, sin que baste la culpa o negligencia del arrendatario.* [Sentencia 23 marzo 1953] (V. 15.)

29. ARRENDAMIENTO URBANO: REPERCUSIÓN DE DIFERENCIAS POR ELEVACIÓN DE CONTRIBUCIONES: *La repercusión sobre los arrendatarios de locales de negocio de las diferencias por elevación de contribuciones, permitida por el artículo 126 de la LAU, sólo es aplicable a los aumentos establecidos en normas dictadas con posterioridad a dicha Ley.* [Sentencia 21 octubre 1952.]

30. ARRENDAMIENTO URBANO: RENTAS: *Son distintos los supuestos regulados en los artículos 120 y 133 de la LAU.* [Sentencia 20 febrero 1953.]

"Son distintos los supuestos regulados en los artículos 120 y 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues el 120 se refiere al caso particular de rentas que, pese a exceder de las legales, se reputarán válidas como voluntariamente consentidas por el arrendatario; y el 133, con carácter general, limita tanto dichas rentas válidas según el 120, como cualesquiera otras, a las declaradas por el arrendador a la Hacienda o a las que, a falta de declaración, sirvan de base al tributo" (Considerando 1.º).

31. ARRENDAMIENTO URBANO: REVISIÓN DE RENTA: EFECTO RETROACTIVO: *Declarada abusiva la subida de la renta, es procedente el efecto retroactivo dado a la revisión de la renta.* [Sentencia 9 marzo 1953.]

32. ARRENDAMIENTO URBANO: PRÓRROGA OBLIGATORIA: EFECTOS FRENTE A TERCEROS: *No es necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad para que afecte al tercer adquirente de la finca el derecho de prórroga concedido al arrendatario por la Ley.*

ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO CONSENTIDO: FACULTADES TRANSMISIBLES AL SUBARRENDATARIO: *El arrendatario a quien se autoriza expresamente a subarrendar, puede transmitir al subarrendatario el derecho que le fué conferido en el contrato de arrendo para hacer a su costa y dando aviso previo al arrendador las reformas y mejoras que le convinieren en el local arrendado.* [Sentencia 26 marzo 1953.]

El T. S. declara no haber lugar al recurso de injusticia notoria interpuesto por la demandante contra la sentencia de la Audiencia, por consi-

derar "que esa prórroga obligatoria para el nuevo dueño o titular arrendador no la vincula la Ley en ninguno de sus preceptos a la inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad, porque la determinada identificación del objeto del derecho por su propia naturaleza, y la publicidad que el directo y consumado uso y goce de la vivienda o local por el inquilino o arrendatario, proporciona de su derecho, dentro de un grupo urbano, permite prescindir de la inscripción para dar efecto a tal derecho frente a tercero, respecto al contrato, como es el nuevo dueño o titular arrendador" (Considerando 5.º).

"Que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles, si no se hubiere pactado lo contrario, y así D. V. N., en cuyo contrato de 21 de mayo de 1908, bajo la vigencia del art. 1.550 del C. c., no solamente no se le prohibía subarrendar, sino que expresamente se le autorizaba para ello en la cláusula 3.ª, pudo transmitir al subarrendatario... el derecho que, en la cláusula 4.ª del expresado contrato, se le había conferido para hacer a su costa y dando aviso previo a la dueña, las reformas y mejoras que le convinieren en el local arrendado..." (Considerando 3.º).

33. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: SUBARRIENDO NO AUTORIZADO: *Supuesta su existencia, resulta indiferente que se aplique la Ley vigente o la anterior, pues ambas conducen a la misma solución: la resolución del arrendamiento.* [Sentencia 24 enero 1953.]

Concuerda con las sentencias de 18 diciembre 1947 y 5 abril 1949.

34. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: SUBARRIENDO NO AUTORIZADO: *El subarriendo pactado sin autorización del arrendador es causa de resolución del arrendamiento, aunque aquel subarriendo se hubiese extinguido al formularse la demanda.* [Sentencia 24 enero 1953.]

"... y como no consta que el arrendador otorgara en forma legal alguna la autorización para la celebración del subarriendo, resulta evidente la causa de resolución del contrato de arrendamiento, la cual no puede quedar desvirtuada por el hecho de que al formularse la demanda tal contrato de subarriendo hubiese quedado extinguido" (Considerando 1.º).

35. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: TRASPASO NO NOTIFICADO: *No habiéndose notificado al arrendador la sustitución por uno de los socios en la posición jurídica de arrendataria de local de negocio que ostentaba una Sociedad, se da la causa de resolución prevista en el párrafo 3.º del artículo 159 de la LAU.* [Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 19 enero 1950, sancionada por la del T. S. de 7 enero 1953.]

A. Una Sociedad, arrendataria de local de negocio, se disuelve y, con arreglo a los Estatutos, uno de los socios se hace cargo del activo y pasivo, y continúa el negocio. Interés del arrendador se le extiende

nuevo contrato a su nombre y es demandado por el arrendador, que pide se declare extinguido el arrendamiento por la causa tercera del artículo 159 de la LAU por haber tenido lugar un traspaso no notificado.

Revocando la sentencia desestimatoria del Juzgado, la Audiencia declara resuelto el contrato de arrendamiento; e interpuesto recurso de injusticia notoria, el T. S. *no da lugar a él.*

B. OBSERVACIONES: El problema básico debatido era el de si la situación descrita era equiparable o no a un traspaso. Más concretamente, si se había producido en realidad el requisito, típico en el traspaso, de "cesión a un tercero". Se decía por el recurrente que el socio no es tercero. El Tribunal Supremo recoge la tesis del recurrido en su impugnación al recurso (tesis ampliatoria de la sostenida por el Considerando 2.º de la sentencia de la Audiencia). El socio no es tercero, naturalmente, respecto del contrato social, en el cual fué parte. Pero sí lo es, y esto es lo que importa, respecto del contrato de arrendamiento pactado entre el arrendador y la Sociedad, como consecuencia de que la Sociedad tiene personalidad independiente de la de los socios.

Es aleccionadora la lectura del escrito de impugnación al recurso.

V. también sentencia de 13 marzo 1948. (D. I.)

36. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: OBRAS NO CONSENTIDAS: *Quien obtiene autorización para realizar unas obras y efectúa otras distintas, carece del consentimiento preciso para impedir que la resolución tenga lugar.*

ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: OBRAS PROVISIONALES NO CONSENTIDAS: *A los efectos de la causa 5.ª del artículo 149 de la LAU, carece de trascendencia el carácter más o menos provisional de unas obras, si éstas se efectuaron sin consentimiento del arrendador modificando la configuración de la finca arrendada. [Sentencia 26 junio 1952.]*

37. ARRENDAMIENTO URBANO: EXTINCIÓN DEL CONTRATO: *El derribo por causa de ruina inminente, debido a orden de la autoridad municipal, supone la extinción del contrato de arrendamiento. [Sentencia 28 febrero 1953.]*

38. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: CALIFICACIÓN: *No puede calificarse de traspaso el contrato por el que el propietario de un local lo arrienda al continuador del negocio que aquél ejercía en dicho local, y ello aunque el negocio mismo sea traspasado al mismo tiempo y en el propio documento en que se consigna el arrendamiento referido. [Sentencia 7 abril 1952.]*

39. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: CALIFICACIÓN: *La cualidad de permanente y, por consiguiente, no sujeto a plazo extintivo, es esencial al traspaso mercantil. [Sentencia 25 abril 1952.] (V. 41.)*

40. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: CALIFICACIÓN: *Para estos efectos, un socio es tercero respecto del contrato de arrendamiento pactado por el dueño del local con la Sociedad. [Sentencia 7 enero 1953.]*

"... que las Sociedades mercantiles tienen en todos sus actos y contratos personalidad jurídica independiente de la de cada uno de los asociados." (Considerando 1.º)

"Que si, pues, la Sociedad contrató como arrendataria con doña T. G. S., arrendadora, el arrendamiento del local en cuestión, es evidente que doña C. G. A., cesionaria del arrendamiento y con personalidad independiente, por lo dicho, de aquella Sociedad, pese a formar parte de la misma, es tercero respecto a dicho contrato, en el que sólo fueron parte los primeros." (Considerando 2.º)

41. SUBARRIENDO: CALIFICACIÓN: *Merece la calificación de subarriendo la relación es ablecida por un contrato, en virtud del cual la arrendataria de un local, sin quedar eliminada de la situación arrendaticia preexistente y siguiendo como intermediaria entre el dueño del local y un tercero, percibía de éste parte de la renta que ella abonaba al propietario.* [Sentencia 25 abril 1952.] (V. 39.)

42. RESOLUCIÓN DEL SUBARRIENDO POR RESOLVERSE EL ARRENDAMIENTO: *La resolución del contrato de arrendamiento de un local lleva consigo la resolución del contrato de subarriendo del mismo.*

DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.ª DE LA LAU: CASOS EN QUE NO ES APLICABLE: *No lo es y el arrendador puede, por tanto, resolver el contrato, cuando el fundamento de la resolución pedida es el traspaso a un tercero, realizado por el arrendatario con posterioridad a la LAU, sin dar cumplimiento a los requisitos que para la eficacia del traspaso exige el capítulo IV de la misma.* [Sentencia 14 noviembre 1952.]

43. CONTRATO DE PRÉSTAMO: INTERÉS DEL OCHO POR CIENTO COMPUESTO: LEY DE USURA: *No es usurario a efectos de la Ley de 23 de julio de 1908 un préstamo hipotecario de corta duración—dos años—en el que además del interés anual del 8 por 100, se pactó otro de demora también al 8 por 100 sobre los vencidos y no pagados. La sentencia de 24 enero 1929 — que consideró usurario en aquel caso particular el interés compuesto del 8 por 100—no sienta jurisprudencia.* [Sentencia 28 abril 1953.]

A. Se trataba de un préstamo hipotecario de 22.000 pesetas, con intereses pagaderos por semestres anticipados en la forma y cuantía indicadas y con una cláusula de vencimiento anticipado por falta de pago de contribuciones que utilizó el acreedor para adjudicarse la finca hipotecada en procedimiento sumario. Con posterioridad a la hipoteca, y en documento aparte, la prestataria había otorgado voluntariamente al acreedor la administración de la finca, concediéndole como premio de administración el 8 por 100 de las rentas.

La deudora demandante solicita la nulidad del préstamo al amparo de la Ley de Usura de 1908, siendo desestimada su pretensión en ambas instancias. Interpuesto recurso de casación al amparo de los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 LEC, por infracción de los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 23 de julio de 1908 y de la doctrina legal aplicable, el T. S. no da lugar al recurso en virtud de las siguientes consideraciones:

"... Que prescindiendo de que una sola sentencia no sienta jurisprudencia y no se incurre, por lo tanto, en infracción de doctrina legal al no seguir la que en ella se expone, es lo cierto que el caso resuelto en el juicio en que se dictó la de *vinticuatro de enero de mil novecientos veintinueve* difiere grandemente del actual, pues en aquél se trataba de determinar si era usurario un contrato de préstamo garantizado con hipoteca... en cuyas estipulaciones se hacía constar que el capital entregado en ese concepto se había dado anteriormente y nada se decía de pago de intereses, y de la prueba practicada en el juicio resultó: que en realidad no se había hecho por el prestamista entrega de la cantidad que en el contrato se consignaba, sino que ésta era la suma de la liquidación de diversos préstamos anteriores... por los que el prestatario abonaba el interés compuesto de ocho por ciento anual, el mismo que se había comprometido a pagar por el que entonces se consignaba en la escritura, habiéndosele obligado también a que este préstamo tuviera su vencimiento a los *diez años*, pasando, cuando se dictó la sentencia, de *treinta y un años* los transcurridos desde que por el primer préstamo estaba obligado y había satisfecho en gran parte ese interés compuesto del ocho por ciento, *lo que aumentaba de modo tan extraordinario el capital recibido realmente que no podía ofrecer duda lo usurario que tal préstamo era*; y en el de que se trata en este juicio la cantidad de veintidós mil pesetas que, como capital entregado a préstamo, figura en la escritura otorgada en 25 de mayo de 1934, fué la que en efecto recibieron las prestatarias en aquel acto, de lo que dió fe el Notario, y en el propio contrato se hizo constar que el préstamo sólo tendría la duración de *dos años*, si alguna causa de las expresamente consignadas en él no determinaban con anterioridad su vencimiento, y que devengaba en favor del acreedor el interés del ocho por ciento anual desde que debió ser solventado, interés de demora que sólo excede de un dos por ciento del que se paga al Banco Hipotecario en casos análogos... de todo lo que resulta patente que en este préstamo no ha habido simulación en la cantidad entregada en tal concepto, no se ha ocultado en el contrato el pago de intereses y la *duración señalada al préstamo era muy corta*, circunstancias tan distintas a las que concurrían en el que dió lugar a la citada sentencia de 24 de enero de 1929, que, como antes se ha dicho, no admiten paridad entre sí y no es aplicable en su consecuencia a los dos préstamos la misma doctrina..." (Considerando 2.º)

44. SOCIEDAD CIVIL: LIQUIDACIÓN DE LA MISMA: *En la liquidación de una Sociedad civil habrán de incluirse todos los bienes que a ésta pertenecan, incluso aquellos que figuraran a nombre de un socio, cuando de las pruebas practicadas se deduce claramente que eran propiedad de aquélla.* [Sentencia 7 abril 1953.]

Al liquidarse una Sociedad civil constituida por A. y B., aquél reclama a los herederos de éste determinados bienes inmuebles que, aunque estaban a su nombre pertenecían a la Sociedad. Estos bienes se encontraban

en el momento de iniciarse el juicio a nombre de la viuda de B., por cesión que a ella le habían hecho sus hijos y herederos.

Alegado por los hijos de B. que carecen de legitimación pasiva por cuanto ellos repudiaron la herencia, el Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina: "el razonamiento de los recurrentes es notoriamente ineficaz porque se apoya en una afirmación inexacta, ya que no existe el acto de la repudiación de la herencia que se alega, porque lo que consta en autos y aportado precisamente por los demandados no es el acto de repudiación de herencia, sino la escritura de protocolización de las particiones hereditarias, en la que comparecen los demandados como tales herederos y *ceden* a favor de su madre los derechos hereditarios testamentarios o legítimos que les corresponde". (Considerando 1.º)

Acertadamente el Tribunal Supremo distingue entre la repudiación de una herencia y la cesión a otra persona de los derechos hereditarios que la corresponden, ya que en la renuncia el repudiante se aparta por completo del negocio hereditario, dejando la herencia desierta, sin determinación ni alusión al destino que haya que darle, mientras que en la cesión al transmitirse los derechos hereditarios a una tercera persona se pone ya de relieve que hasta este momento estuvieron en su poder.

El Tribunal Supremo *no da lugar al recurso* interpuesto por los demandados por no estimar la incongruencia denunciada, "ya que para que pueda estimarse la contradicción a que se refiere el artículo 4.º del artículo 1.692 de la LEC, ha de resultar la contradicción entre los diferentes pronunciamientos del fallo, y si se examina los que integran el de la sentencia recurrida se advertirá su absoluta compatibilidad sin oposición ni contradicción entre ellos". (Considerando 2.º)

45. CONTRATO DE PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS: OBLIGACIÓN CONDICIONAL DE PAGO: LIQUIDACIÓN DE LOS MISMOS: *Celebrado un contrato en que el contratista director de una obra había de percibir del dueño, además de su sueldo mensual, "un 10 por 100 del beneficio líquido que se obtuviera con la venta del inmueble terminado, calculado sobre la diferencia entre el valor de costo y el valor en venta", la obligación de pago de dicho tanto por ciento se halla afecta a una condición suspensiva, que sin prejuzgar la existencia de los beneficios, ha de entenderse cumplida cuando el dueño procedió a vender algunos pisos de la casa y a dar en arrendamiento otros que de momento no pudo enajenar. A efectos de liquidación de beneficios, los pisos vendidos se han de estimar por su valor en venta, los arrendados por capitalización de su renta y los no vendidos ni arrendados por el mismo valor que sus similares enajenados o, en su defecto, arrendados.* [Sentencia 26 febrero 1953.] (V. 1.)

46. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: REQUISITOS: CONCEPTO DE ILICITUD: *Para que nazca la responsabilidad por culpa extracontractual no es necesario la violación de un precepto legal positivo, siendo en cambio esencial el elemento subjetivo y personal del agente de haber obrado con descuido o negligencia en la evitación del mal.*

FACULTAD DE LOS TRIBUNALES: *Apreciado este tipo de responsabilidad, pueden aquéllos condenar no sólo a la indemnización de los daños, sino también a que cesen las causas productoras de los mismos.* [Sentencia 23 diciembre 1952.]

A. Una Sociedad explotadora de una fábrica de cemento fué demandada por el dueño de unas fincas próximas por los perjuicios que en éstas causaban la sedimentación de los polvos y humos dimanantes, especialmente de utilizarse la fabricación del cemento en seco. Por ciertas disposiciones de la Administración se obligó a la citada Entidad—para evitar estas inmisiones perjudiciales—que utilizara el procedimiento de fabricación por vía húmeda, lo que cumplió la Sociedad hasta fecha reciente, en que para incrementar la producción volvió a emplear, junto con el nuevo, el antiguo procedimiento. El Juzgado condena a la demandada a la indemnización de daños y perjuicios, pero aprecia, en cambio, la excepción de incompetencia de jurisdicción en cuanto al pedimento de poner término a la causa productora de los daños reclamados. La Audiencia, rechazando dicha excepción, condena además a la Sociedad a que cesen los daños. El recurrente, al amparo del número 1.º, artículo 1.892 LEC, alega la interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 1.902 C. c., por no haberse infringido ninguna disposición legal ni especialmente el Reglamento de establecimientos incómodos, insalubres o peligrosos de 7 de noviembre de 1925; y en su segundo motivo la violación del artículo 1.089 C. c. El T. S. no da lugar al recurso por las consideraciones que anteceden, de las que transcribimos íntegro el Considerando 2.º:

“... que esta teoría de que sólo puede estimarse como ilícito para caracterizar la culpa, el acto u omisión contrario a una disposición legal, es completamente errónea, nacida de confundir el elemento objetivo y externo de la violación de una Ley con el subjetivo y personal del agente de haber obrado con descuido o negligencia de evitar un mal, que es el esencial en el concepto de la culpa extracontractual o aquiliana desde su origen en Derecho Romano, en el que no se atendía a que violase o no disposición legal positiva, sino que la relacionaba con la diligencia de un buen padre de familia o de una persona más o menos precavida, según los grados que admitía, pero siempre en atención a ese elemento interno y personal en relación con las circunstancias que cada caso requería, con lo que se violaría no un derecho positivo, sino un derecho abstracto, como de la vida o la propiedad, y en el mismo concepto pasó a nuestra Ley de Partida, en la séptima de las cuales sigue esa doctrina en su título 33 al definir la culpa aquiliana y en el título 15 al citar en sus leyes 10 y 11 algunos actos lícitos como originarios de culpa extracontractual, y la desenvolvió en el mismo sentido su comentarista Gregorio López, y si bien no hace expresa alusión a este extremo concreto del artículo 1.902 del Código civil, es, sin duda alguna, el que informa tal institución en este Cuerpo legal, porque así lo dispone en su artículo 1.104, que, aunque está dictado para los casos de culpa contractual, es aplicable a todo género de obligaciones, según declara la sentencia de 14 diciembre 1894, desenvuelve el mismo principio la jurisprudencia al sentar en la sentencia de 2 marzo 1904 y 24 febrero 1928, con abstracción de que haya o no violación de precepto legal, que la obligación que establece el artículo 1.902

alcanza al dueño de una cosa que por omitir los medios conducentes a la corrección de los vicios de que adolezca o por no emplear los procedimientos adecuados para evitar sus consecuencias da lugar a que se produzcan los daños, llegando a reconocer en la sentencia de 28 febrero 1950 que un acto, lícito en sí, da lugar a que se preste la culpa si no se realizó con la prudencia que las circunstancias del caso requerían, y por ello no puede estimarse lícito el hecho de actos de expeler y dispensar la demandada abundante cantidad de polvo perjudicial que los considerandos 6 y 7 de la sentencia del Juez, aceptados por la Audiencia, declaran realizados, cuando hay medios técnicos para evitarlos tan fáciles de emplear, que ya han sido, a temporadas, puestos en práctica.

B. OBSERVACIONES.—El concepto de ilicitud esencial para que se desate la responsabilidad civil tiene diferente alcance en el ámbito contractual y en el extracontractual; en aquél, el acto ilícito deriva de la infracción de una norma concreta, el pacto contractual que tiene fuerza de ley entre las partes; en éste, la infracción de un principio jurídico, “neminem laedere”; la responsabilidad extracontractual surge con tal de que se dé una acción u omisión que produzca directamente un daño que se debió prever (culpa), sin que sea necesario como requisito integrante de aquella responsabilidad la violación de un precepto legal positivo; la actuación negligente que produzca un daño hace nacer directamente la obligación de resarcir, aunque no se haya rozado una norma positiva. El alguacil que en los festejos de un pueblo disparó varios cohetes —supuesto de la sentencia de 28 febrero 1950, citada en la presente—, uno de los cuales al estallar alcanzó a un muchacho, no realizó ningún acto ilícito, pero sí obró imprudentemente al dispararlos cerca de la concurrencia, lo que determinó su responsabilidad extracontractual. (J. C.)

47. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR HECHO AJENO: *A pesar del criterio subjetivista que informa el artículo 1.903 C. c. —a base de una presunción de culpa que puede ser enervada mediante la prueba de diligencia—, la jurisprudencia de esta Sala viene imponiendo a la responsabilidad por hecho ajeno cierto matiz objetivista en el sentido de exigir una rigurosa prueba de diligencia, sin que a tal fin sea eficaz acreditar el mero cumplimiento formulario de preceptos reglamentarios que tienden a prevenir los siniestros.*

La responsabilidad del empresario por el daño causado negligente-mente por las personas de su dependencia, es directa y no subsidiaria.

El acto de sobreesimiento provisional dictado en el sumario seguido con ocasión de los daños causados no excluye esta clase de responsabilidad. [Sentencia 24 marzo 1953.] (Véase D. Pr., I, 7)

A. Un autobús de línea volcó al salir de una curva causando lesiones considerables a un viajero, médico de profesión, que en tal momento se arrojó del vehículo; el demandante solicita una fuerte indemnización por los gastos sufragados para su establecimiento, honorarios profesionales dejados de percibir y por haber quedado con cierta incapacidad física para el ejercicio de su profesión. La Empresa demandada opone la pericia del conductor, que está provisto del carnet exigido para conducir tales vehículos, el buen estado de funcionamiento del autobús y la culpa del demandante que se causó las lesiones por arrojarle impruden-

temente del asiento que ocupaba. El Juzgado desestima la demanda; la Audiencia, en cambio, apreciando de la prueba la culpabilidad del conductor, estima en parte la demanda, condenando a la Empresa a una indemnización inferior a la solicitada. El demandante interpone recurso de casación invocando la aplicación indebida del artículo 1.903, infracción de los artículos 1.137 y 1.138 C. c. en relación con el anterior y error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

El T. S. *no da lugar al recurso* por las anteriores consideraciones, y por las siguientes:

"... Que si la Empresa demandada únicamente prueba que el conductor del coche en el que viajaba el demandante estaba provisto del correspondiente carnet y el vehículo había sido reconocido unos meses antes del suceso, es de estimar que estas formalidades reglamentarias no son por sí solas suficientes para eximir de responsabilidad al empresario, ni cabe entender que sea imputable al actor el hecho de resultar lesionado al tirarse del vehículo en el momento que se producía el vuelco, determinante también de lesiones a otros viajeros que permanecieron en el coche..." (Considerando 4.º).

"Que también tiene declarada la jurisprudencia... que es directa y no subsidiaria respecto del dueño de la Empresa la obligación de reparar el daño causado por negligencia de tercera persona ligada a él por vínculo de dependencia o subordinación, y así debe ser, atendida la expresión literal y el espíritu que informa el citado artículo 1.903 C. c., por lo que tampoco es viable el segundo motivo del recurso, en el que se mantiene la tesis de que la responsabilidad definida en el artículo 1.903 C. c. es mancomunada y no puede ser decretada de modo solidario en estos autos en los que la demanda se formuló contra el Empresario exclusivamente..." (Considerando 5.º).

B. OBSERVACIONES: Nuestro *sistema civil* se atiene—como declara la sentencia de 29 febrero 1936— al criterio subjetivo de la culpabilidad en materia de responsabilidad extracontractual. Pero a esta regla general hay que señalar una *excepción* en el artículo 1.905, que sanciona un caso claro de responsabilidad objetiva y una *modalidad* de aplicación en el 1.903, en cuanto que establece una presunción de culpabilidad con desplazamiento al que la nadece de la prueba de diligencia para quedar exonerado de responsabilidad; el T. S. da un paso más en el camino de la responsabilidad objetiva al aplicar el citado artículo 1.903, exigiendo una *rigurosa prueba de diligencia* y considerando insuficiente el cumplimiento de preceptos reglamentarios o formalidades administrativas que tienden a evitar posibles daños; tendencia jurisprudencial que —como razona la presente sentencia— está basada en razones de convivencia social que imponen la rigurosa aplicación del principio "*neminem laedere*" y su obligada consecuencia de reparar el daño causado. (J. C.)

48. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS ANIMALES: *Conforme al art. 1.905 C. c., basta que un animal cause perjuicio para que nazca la responsabilidad del dueño aun no imputándose a éste ninguna clase de culpa o negligencia, salvo las dos excepciones que el mismo contiene: fuerza mayor o culpa del perjudicado.* [Sentencia 23 diciembre 1952.] (Véase I, 14, y D. Pr., I, 6.)

OBSERVACIONES: La teoría de la responsabilidad objetiva o sin culpa, iniciada especialmente por Unger en "Handeln auf eigene Gefahr", desarrollada posteriormente por Merkel y recogida por el C. c. alemán —que al lado de la responsabilidad por actos ilícitos culpables regula una serie de supuestos de responsabilidad por actos no imputables, responsabilidad por riesgo—, no ha sido recibida, especialmente en materia civil, por nuestra jurisprudencia, que se atiene al criterio de la culpabilidad para responsabilizar al sujeto. Sin embargo, en el art. 1.905 C. c., interpretado por la sentencia de 19 octubre 1909, que confirma la actual, se sanciona un caso claro de responsabilidad objetiva o sin culpa, ya que el poseedor de un animal o el que se sirviere de él es responsable de los daños que cause aunque aquél haya obrado con la diligencia necesaria para evitar el mal y sin distinguir, como hace el derecho alemán, entre animales fieros y domésticos, ya que éste, respecto de los últimos, admite la exoneración de responsabilidad mediante la prueba de diligencia. En el fondo del precepto español late la idea de compensación de los beneficios con los riesgos o perjuicios que la cosa pueda originar —"cuyus commodum ejus et periculum"—. (J. C.)

V. Derecho de Sucesiones

1. **COMUNIDAD HEREDITARIA: TITULARIDAD DE DISPOSICIÓN DEL COMUNERO: ACCIÓN REIVINDICATORIA EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD:** *Si bien el heredero puede disponer, aun antes de que practique la división, de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderle en la herencia, mientras ésta no se liquide y no se haga en su favor la correspondiente adjudicación, carece de verdadero título de dominio en bienes concretos y determinados.*

Según reiterada doctrina de esta Sala, mientras la herencia está indivisa puede cualquiera de los herederos ejercitar acciones en beneficio de la masa hereditaria y reivindicar los bienes que a la misma corresponden, siempre que lo haga en provecho de todos. [Sentencia 11 abril 1953.] (Véase II, 6, y III, 7.)

2. **HEREDAMIENTOS EN CATALUÑA: INTERPRETACIÓN DE SUS CLÁUSULAS:** *Bajo la denominación de "hijos" se hallan comprendidos también los nietos, salvo en los casos en que éstos aparezcan excluidos expresamente.* [Sentencia 29 febrero 1952.]

OBSERVACIONES: La sentencia reseñada aplica de nuevo las Leyes 201 y 220, título XVI, libro 50 del Digesto "*de verborum significatione*", como ya lo hizo la sentencia 1.º mayo 1941, siguiendo la orientación marcada por reiterada jurisprudencia.

DERECHO MERCANTIL

1. **COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: CLÁUSULA "PORTE DEBIDO DE PUERTA A PUERTA":** *Cuando las partes no hubieren fijado el lugar de cumplimiento, se ha de entender, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, que lo es el en que se hizo el envío de los géneros a*

"porte debido", y, en su defecto, el en que el vendedor tiene su establecimiento mercantil.

La cláusula "porte debido de puerta a puerta" —que no es más que una modalidad especial del porte debido— no desvirtúa la presunción de realizarse la entrega en el lugar de facturación y de ser los riesgos de cuenta del comprador. [Sentencia 10 marzo 1953.]

Véase el influjo que ejercen las cláusulas contractuales sobre gastos de transporte en cuanto al lugar de entrega en las observaciones a la sentencia de 27 octubre 1952 en A. D. C. VI, I, pág. 300.

2. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: FACTURAS CONTRADICTORIAS CON LOS TÉRMINOS DEL CONTRATO: *Expresando el contrato que las mercancías se enviaron "franco estación G." —que es el domicilio del comprador—, y que éste las haría efectivas con giros a su cargo pagaderos en dicho domicilio, éste debe ser el lugar de cumplimiento, aunque las facturas retiradas por el comprador consignen que la mercancía viaja a "porte debido".*

COMPETENCIA TERRITORIAL: COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE PAGO: *Conforme a reiterada jurisprudencia, en defecto de pacto, se entiende hecha la entrega en el establecimiento mercantil del vendedor, por lo que es competente para conocer de la reclamación del precio el Juzgado del lugar del dicho establecimiento por aplicación de la norma primera del artículo 62 LEC. en relación con el 1.500 C. c.*

COMPETENCIA TERRITORIAL: COMPRAVENTA MERCANTIL: RESCISIÓN: *Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, es aplicable a las acciones rescisorias por incumplimiento la misma regla de competencia que rige el ejercicio de las acciones que se encaminan al cumplimiento de lo convenido. [Sentencia 8 abril 1953.]*

3. CONTRATO DE COMISIÓN: *Constando claramente de las pruebas aportadas y practicadas la existencia de un contrato de comisión, y el hecho de haberse llevado a cabo mediante las gestiones del comisionista los contratos de seguro pactados, debe satisfacerse por el mandante los premios de comisión pactados. [Sentencia 31 diciembre 1952.]*

A. fué comisionado por B., agente de la Compañía de Seguros X, para gestionar determinados seguros, que, caso de llegar a celebrarse, percibiría como premio de comisión un diez por ciento. Concertados los seguros, la Compañía X se niega a abonar el importe de la comisión, alegando que A. no fué comisionado por ella, e igualmente se niega B., quien indica que A. no era más que un simple colaborador suyo, pero no un gestor. Presentada la demanda por A. contra B. y la Compañía X, el Juzgado de Primera Instancia falla, estimando la demanda en cuanto al demandado B., a quien condena a satisfacer las comisiones devengadas, absolviendo a la Compañía X. Apelada la sentencia por B., estima la Audiencia, en parte, la apelación, condenando a B. a satisfacer la mitad de las comisiones devengadas.

Son dos los problemas que se plantean en el recurso de casación in-

terpuesto por A.: 1. Cuantía de las comisiones que debe percibir el recurrente por haber rebajado la Audiencia a la mitad las que le habían sido reconocidas en el contrato pactado. 2. Si debe ser responsable de dichas comisiones, además del agente B., la Compañía X.

El Tribunal Supremo, en cuanto al primer problema, declara, dando lugar al recurso, "que la clave de este problema está en el nombramiento hecho a favor de A., en el que se le reconoce la comisión del diez por ciento sobre las primas de los seguros concertados, por lo que no puede acordarse la reducción" (Considerando 2.º), "y que el único fundamento de la Audiencia para reducir esa remuneración es la equidad por estimar que hay una colaboración en ese asunto; pero, aparte de que no pueden calificarse de colaboraciones las gestiones realizadas, es evidente que esa equidad nadie la invocó ni pidió en el pleito, ni pudo aplicarla el Tribunal a quo en virtud del principio *iura novit curia*, porque obedece a principios jurídicos diferentes de los que son base de los derechos que alegan las partes y de las acciones que se ejercitan en el pleito" (Considerando 3.º).

Entiende el Tribunal Supremo, al admitir el recurso en este punto, que dada la claridad de los términos en que fué redactado el contrato, no cabe la reducción de la comisión pactada, porque, de lo contrario, habría infracción de la ley contractual, y en especial de los arts. 1.281, 1.282 y 1.283 C. c., no admitiendo tampoco el principio de equidad a que hace referencia la sentencia de la Audiencia, por entender que al decidir sobre una cuestión nueva, que no se planteó ni debatió en el pleito, y conceder lo que ninguno de los litigantes pidió, vino a incurrir en un vicio de incongruencia, ya que lo que hizo fué administrar una justicia "ex equo et bono" completamente incompatible con el principio de jurisdicción rogada.

En cuanto al segundo punto controvertido, el T. S. no da lugar al recurso, "ya que el contrato celebrado por la Compañía X con su agente B. dispone que son de cuenta de éste los corretajes que otorgue a cualquier intermediario", condenando, por tanto, a B. solamente al pago de las comisiones pactadas (Considerando 4.º).

DERECHO PROCESAL

I. Parte general

1. COMPETENCIA: DESAHUCIO DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL: VENCIMIENTO DEL PLAZO CONVENIDO: *Son competentes los Jueces de Primera Instancia y no los Municipales, no sólo cuando el establecimiento mercantil o fabril existe en el momento de la perfección del contrato, sino también cuando, por pacto, debe destinarse la cosa arrendada a un negocio industrial.* [Sentencia 5 febrero 1953.]

"Considerando: Que, en régimen de interpretación de los arts. 1.562 y 1.563 de la LEC, a efectos de precisar si el desahucio solicitado por

vencimiento del término de duración convenido, tiene por objeto un establecimiento mercantil y corresponde conocer la demanda al Juez de Primera Instancia o recaer sobre objeto distinto y debe atribuirse la competencia por razón del órgano jurisdiccional a los Jueces Municipales, es preciso indagar, dentro del ámbito de la legislación común, que es a la que exclusivamente alude el motivo primero del recurso, la finalidad o destino de la cosa arrendada, según los términos en que los interesados hayan declarado en el contrato su voluntad, de suerte que estará en presencia del desahucio de un establecimiento mercantil o fabril, no sólo en el supuesto de que éste exista en el momento en que se arrienda, sino también en el caso de que por pacto establecido deba ser destinada la cosa dada en arrendamiento a un negocio industrial. Por lo que, siendo hecho indiscutido el arrendamiento de un solar que el arrendatario habría de destinar a almacén de maderas, el art. 1.563, núm. 1.º de la Ley procesal atribuye la competencia a los Jueces de Primera Instancia" (Considerando 2.º).

2. INCUMPLIMIENTO DE NORMAS PROCESALES: SU ESTIMACIÓN: *Puede y debe hacerse en cualquier momento en que se advierta, a tenor del artículo 4 del C. c. y por el carácter público de tales normas.* [Sentencia 10 febrero 1953.]

3. PRUEBA DE HECHOS NO ALEGADOS EN EL PROCESO: *Los hechos no alegados en el momento procesal adecuado no pueden ser materia de diligencia alguna de prueba, ni puede ser tenida en cuenta por el juzgador la prueba que sobre tales hechos se practicare indebidamente.* [Sentencia 9 mayo 1953.]

4. COSA JUZGADA: EFICACIA: *Conforme a los artículos 1.251 y 1.252 del Código civil, tiene la eficacia de una presunción, y como tal no sirve, según reiterada jurisprudencia, para justificar errores de hecho.* [Sentencia 20 marzo 1953.]

5. PRESUNCIÓN DE COSA JUZGADA: IDENTIDAD DE CAUSAS DE PEDIR: *No existe cuando en las respectivas demandas, aunque se solicita lo mismo, se alegan distintos fundamentos.* [Sentencia 13 marzo 1953.]

6. COSA JUZGADA PENAL: SU EFICACIA EN EL PROCESO CIVIL: RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: *La responsabilidad civil derivada del delito y la dimanante de culpa o negligencia que ampara el C. c., aunque guardan cierta analogía como expresión ambas del principio general de culpa, se rigen por preceptos diferentes y deben someterse al conocimiento de jurisdicciones distintas, por lo cual lo actual en la esfera penal no prejuzga lo que sólo concierne a la esfera civil.* [Sentencia 23 diciembre 1952.] (V. D. c., I, 14 y III, 48.)

OBSERVACIONES: Como dicen Peña y González—en sus "Contestaciones de Derecho Procesal", Zaragoza, 1946, pág. 118—, la jurisdicción civil queda siempre vinculada en lo que se refiere a la declaración de responsabilidad criminal y a la de la civil inherente a un hecho delictivo; pero queda

libra para apreciar la responsabilidad derivada del artículo 1.902 C. c., a no ser que la sentencia penal declare que no existió el hecho del que la acción civil hubiera podido nacer (argumento artículo 116 LECr.). La presente sentencia reitera la misma doctrina que la de 19 febrero 1945. (J. C.)

7. PROCESO PENAL: SU INFLUJO EN EL PROCESO CIVIL SOBRE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: *Fuera del supuesto previsto por el artículo 116 LECr., nada hay que impida a la jurisdicción civil el conocimiento de hechos que puedan ser constitutivos de culpa o negligencia, aunque de ellos haya conocido también la jurisdicción penal, máxime si el procedimiento seguido ante ésta fué sobreseído provisionalmente.* [Sentencia 24 marzo 1953.]

Esta sentencia sigue la doctrina reiterada de que el auto de sobreseimiento provisional recaído en causa criminal no es resolución definitiva que impida juzgar de la culpa o negligencia en su aspecto civil.

II. PROCESOS EN ESPECIAL

1. PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS POR EL CAPÍTULO XIII DE LA LAU: REQUISITOS: *No es exigible en ellos el requisito de acompañar a la demanda la certificación del acto conciliatorio.* [Incidentalmente, en sentencia 24 marzo 1953.]

OBSERVACIONES: Se confirma la doctrina sentada por el T. S. en las sentencias de 25 y 30 de noviembre de 1950.

2. REGLAS DE TRAMITACIÓN DEL ARTÍCULO 160 LAU: *Para aplicar al juicio tales reglas, es necesario que la acción ejercitada se funde en derecho reconocido en la misma L. y de Arrendamientos Urbanos.* [Sentencia 5 febrero 1953.]

3. RETRACTO DE COLINDANTES: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: PRUEBA TESTIFICAL: *La prueba testifical está sometida a la prudente y soberana apreciación del Tribunal "a quo", por lo que queda firme en casación el hecho probado en la instancia, de haberse ejercitado la acción de retracto después de los nueve días siguientes a la fecha de conocimiento de la venta, lo que determina en el aspecto jurídico la caducidad de la acción.* [Sentencia 10 abril 1953.] (V. D. c., II, 4.)

III. RECURSOS

1. LA CASACIÓN: MOTIVOS: *La reserva a favor del actor para ejercitar las acciones correspondientes ante la jurisdicción competente, indebidamente consignada en el fallo de una sentencia, no es motivo prosperable en casación.* [Sentencia 5 mayo 1953.]

2. LA CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: MOTIVOS: NÚM. 4.º DEL ARTÍCULO 1.693 LEC: *No es necesaria la citación de las partes para la práctica de la prueba acordada para mejor proveer.*

LA CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: MOTIVOS: *La práctica de pruebas que puedan resultar innecesarias no quebrantan esencialmente el procedimiento con perjuicio de las partes.* [Sentencia 28 mayo 1953.]

3. APELACIÓN EN JUICIOS SOBRE RESOLUCIÓN DE CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO TRAMITADOS CON ARREGLO A LA LAU: CONSIGNACIÓN DE RENTA: MOMENTO PROCESAL OPORTUNO: *Por ser asimilables a los de desahucio, a tales juicios les es aplicable el art. 1.566 de la LEC, y en consecuencia debe acreditarse que se han satisfecho o consignado las rentas vencidas, precisamente en el momento de interponer los recursos de apelación o casación.* [Sentencia 10 febrero 1953.]

"Este Tribunal viene declarando en reiteradísima jurisprudencia, teniendo en cuenta el carácter supletorio que en materia procesal atribuye a la Ley de Enjuiciamiento civil el artículo 180 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que siendo los juicios sobre resolución de contrato de arrendamiento tramitados con arreglo a esta última Ley, perfectamente asimilables a los juicios de desahucio, es evidentemente aplicable a aquéllos el artículo 1.566 de la Ley Procesal Civil, según el cual en ningún caso se admitirá al demandado los recursos de apelación y de casación cuando procedan, si no se acredita, precisamente al momento de interponerlo, tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato debe pagar adelantadas, o si no las consigna en el Juzgado o Tribunal, estableciendo como sanción al incumplimiento de esta obligación el artículo 1.567, que si el arrendatario no cumpliera lo proveído en el artículo anterior, se tendrá por firme la sentencia y se procederá a la ejecución" (Considerando 3.º).

OBSERVACIONES: Concuerda con las sentencias de 13 febrero 1948, 12 mayo 1949 y 30 octubre y 11 noviembre 1950.

4. RECURSOS DEL CAPÍTULO XII DE LA LAU: REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD: *En todos los supuestos de resolución que implican el lanzamiento, es necesario que el inquilino o arrendatario, al interponer los recursos, acredite tener satisfechas o consignadas las rentas vencidas.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA DEL ARTÍCULO 172 DE LA LAU: CAUSA 2.ª DEL ARTÍCULO 173: *Para que prospere, es preciso invocar algún vicio de forma que origine indefensión.* [Sentencia 22 abril 1953.]

5. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INFRACCIÓN DE LEY: *El artículo 1.214 C. c., por sus términos generales, no puede ordinariamente servir de base al recurso de casación y, análogamente, al de injusticia notoria.* [Sentencia 9 mayo 1953.]

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

COSSÍO Y CORRAL, Afonso de: *La transmisión de la propiedad y de los riesgos de la compra-venta de cosas genéricas.*

CASTRO Y BRAVO, Federico de: *Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

PINTÓ RUIZ, José Luis: *El usufructo general de viudedad en el Anteproyecto de la Compilación Especial del Derecho Civil de Cataluña.*

TUNC, André: *La autoridad ante los Tribunales de los Estados Unidos de las sentencias dictadas en otro Estado de la Unión.*

3. VIDA JURÍDICA

LUCES GIL, Francisco: *La recepción de la hipoteca por el Derecho Procesal.*

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.