

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO VI  
FASCICULO IV

OCTubre-DICBre  
MCMLIII



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE I.\***

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**NUMERO 2**

**ANUARIO DE DERECHO CIVIL**



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

---

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rdíguez, San Pedro, 32. Madrid.

# Pignus Tabernæ

(Raíz de un problema actual en un texto de Scaevola)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

SUMARIO: *Planteamiento*.—1. La ley *Cum tabernam*, como objeto de nuestro estudio.—2. El problema teleológico de la libre disposición de las mercancías.—I. ¿Cuál es la explicación dogmática del dictamen de *Scaevola*? A) *Concepción de la universitas*.—3. *Corpus ex distantibus y universitas* en el Derecho romano.—4. La *universitas* en el Derecho común.—5. La *universitas rerum* según la doctrina moderna.—6. Aplicación a la ley *Cum tabernam* de las diversas concepciones de la universalidad de bienes.—7. La determinación *sub especie tabernae* y la explicación de algunos efectos del *pignus tabernae*. B) *La subrogación real*.—8. La subrogación real y la pignoración de universalidades de cosas.—9. Distintos fenómenos agrupados en la expresión subrogación real, usada latamente.—10. Las reglas de Derecho común sobre la subrogación real.—11. Su aplicación a la ley *Cum tabernam* por los Doctores.—12. Diferencias que resultan de aplicar a la prenda de un conjunto el principio de la determinación *sub especie universitatis* o bien los principios, lato o estricto, de la subrogación real propiamente dicha. C) *Hipoteca de cosas futuras*.—13. ¿Qué significación debe darse a la referencia que de la muerte del deudor hace el texto de la ley *Cum tabernam*?—14. Fijación del momento en que han de quedar realmente hipotecadas las mercancías comprendidas en el conjunto.—15. La sujeción como característica fundamental de la hipoteca debe ser el módulo para resolver dicha duda.—16. La hipoteca de cosas futuras en Derecho romano.—17. Supuestos de extensión de la hipoteca a bienes futuros en nuestro Derecho positivo.—18. La cuestión vista dogmáticamente.—19. No puede hablarse propiamente de hipoteca de las mercancías, sino, a lo más, de un simple privilegio que puede ser realizado en un procedimiento ejecutivo sumario.—II. *El problema teleológico de la prelación*.—20. Tres problemas clásicos en torno a la prelación.—21. El problema de la prioridad entre los suministradores a crédito de mercancías y los acreedores garantizados con prenda e hipoteca sobre la universalidad de las mercancías.—22. Prenda e hipoteca flotantes.—23. Solución negativa que rechaza totalmente la posibilidad y conveniencia de la prenda sin desplazamiento de universalidades de mercancías, y de la extensión de la hipoteca de establecimiento a mercancías y materias primas del mismo.—24. Las soluciones intermedias y sus inconvenientes.—*Conclusiones*.

(\*) El presente trabajo es desarrollo y ampliación de una conferencia que el que suscribe tuvo el honor de pronunciar en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia en Madrid el 20 de marzo del corriente año.

1. La ley «*Cum tabernam*», 34 del título I, Libro XX del Digesto, recoge un texto de Scaevola (Libro XXVII de su Digesto) cuyo proemio dice así:

«Habiendo el deudor dado en prenda al acreedor una tienda (*Quum tabernam debitor creditori pignori dederit*), se preguntó ¿No habrá realizado nada con este acto, o bajo la denominación de tienda (*taberna*) se considera que obligó las mercancías que había en ella, y si con el tiempo hubiere vendido aquellas mercancías y comprado otras, y las hubiere introducido en la tienda, y hubiere fallecido podrá el acreedor reclamar con la acción hipotecaria todas las cosas que allí se encuentran, habiéndose cambiado las especies de mercancías, y llevado otras cosas? Respondió: Se considera que están obligadas en prenda las cosas que se hallaran en la tienda al tiempo de la muerte del deudor (*ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur*).»

En estas escasas líneas, cuyas derivaciones vamos a examinar, se halla el germen de muy debatidos problemas dogmáticos y el antecedente de más de una institución considerada como un avance de la técnica jurídica moderna.

Laten en él las cuestiones de la *universitas facti*, del juego de la subrogación real, de la prenda e hipoteca de cosa futura; y asoman instituciones como la prenda sin desplazamiento de mercaderías y materias primas, la prenda y la hipoteca flotantes y la hipoteca de establecimiento mercantil, en cuanto a la posibilidad o conveniencia de su extensión a las mercancías.

La estructura técnico-jurídica de estas instituciones, en gran parte depende precisamente de la solución que se adopte en las cuestiones teóricas antes enunciadas.

En cambio, queda al margen del texto el examen general de la prenda e hipoteca de empresa o de establecimiento mercantil.

a) En sentido lato *taberna* en latín significa todo edificio útil para ser habitado. Ulpiano lo dice así en un pasaje recogido en el frag. 183 del Título «De verborum significacione» del Digesto. También, en uno de sus versos, lo utiliza Horacio en este sentido, según cita de nuestro jurista clásico Parladorio (1).

Pero, en la terminología jurídica, el uso impuso la utilización del término *taberna*, como casa o apartamento en el que por razón de negocio se exponen y venden mercancías. Dice Parladorio (2), «*domo in qua merces negotiationis causa exponuntur ut vendeat..., vulgo tienda appellatur*». En este sentido Ulpiano, en el frag. 185 del tit. ant. cit., nos dice que está provista («*instructam*») la *taberna* que consta de cosas y de hombres dispuestos para una negociación.

(1) JUAN YÁÑEZ PARLADORIO: «*Opera Jurídica*», «*Quotidianorum Differen- tiarum*». (Coloniae Allobrogum 1761). Diff. CXXXIII, núm. 2 (página 372).

(2) Diff. cit., núm. 3º (pág. cit.).

b) Mas, en el término *taberna* se comprendían sus instrumentos, así como las mercancías (3), pero no, en cambio, los esclavos encargados de ella. En este sentido Paulo, en la ley «*Tabernae cauponae*» (Dig. XXX-VII, § 13), distinguía entre *tabernam* y *cauponam*. Nuestro Parladorio (4) sintetizó así la distinción: La denominación *taberna* comprende lo que está dentro de la misma. La denominación *caupona* (mesón o bodegón) comprende no sólo lo que hay dentro, sino también lo que fuera tiene. Es decir, *taberna* es nombre de lugar (*loci nomen est*) y *caupona* de negocio (*negotiationis*).

Con ello, nos alejamos de la hipoteca y la prenda de establecimiento mercantil. El contenido del *pignus tabernæ* examinado por Scaevola es más restringido que el contemplado por el Cardenal de Luca (5), cuando señaló que la hipoteca se extiende tanto «in instrumentis ipsius tabernæ», como, a aquel derecho *intellectuali*, «quod vulgo *avimentum* dicitur». En cuya acepción «universitates mercimonium reputetur bona fructifera», cualidad apreciable en los contratos de arrendamiento.

c) La ley *Cum tabernam* también se aparta de la hipoteca inmobiliaria: el lugar, la casa, el apartamento no se entienden hipotecados. La explicación ya la dió la glosa de Accursio (6): «Quod videbatur quia erat in publico, vel conducta erat a publico.» Bartolo (7) recogió esta explicación, que apoyó en la ley «*Qui tabernas*» (Dig. XVIII-I, 32). Ulpiano, al glosarla, nos dice que quien vende tiendas que están en suelo público no vende el suelo, sino el derecho, porque son públicas estas tiendas, cuyo uso pertenece a los particulares. A través de Gothofredo (8) se continúa trans-

(3) Así se deduce del proemio de un texto de POMPONIO, recogido en el Digesto (XXXIII-VII, 15), que ante un legado dispuesto en estos términos «quae tabernarum exercendarum, instrumentarum pistrini, cauponae causa facta partaque sunt, do lego», resolvió que también se entienden legadas «mercesque, quae in his tabernis essent». Tal es la opinión de GOTHOFREDO (glosa a la palabra «*nihil*» que luego será citada), que afirmó: «quae si ita (la taberna) pignorata esset, nullum dubium foret merces tabernæ quoque pignoratas, arg. l. 7, l. 13, l. 15, l. 23 *infr. de instructo*» (Dig. XXXIII-VII).

(4) Loc. cit. núm. 4.

(5) JUAN BAUTISTA DE LUCA: «*Theatrum veritatis et Iustitiae*» (Venetiis 1716), Lib. VIII, Disc. XXXV, núm. 17 (pág. 65).

(6) ACCURSIO: «*Digestum vetus seu Pandectarum Iuris Civilis cum Notis integris Accursii*» (edición con otras glosas y los comentarios Antonii Persii, Venetiis 1575), ad Lib. XX, Tit. I, Lex XXXIV (Vol. I, pág. 1300), gl. (1) a las palabras «*Nihil egerit*».

(7) BARTOLO DE SASOFERRATO: «*Adnotationibus integris in secundam Digesti Veteris Partem*» (Edición, con otras adiciones, Lugduni 1631), ad Lib. XX, Tit. I, Lex XXXIV, «*Cum tabernam*» (fol. 133).

(8) DIONYSIO GOTHOFREDO: «*Corpus Iuris Civilis Romani, cum notis Dionyssi Gothfredi*» (Editio Nova—con otras adiciones—Coloniae Munianae 1781), glosa a la palabra «*nihil*» (núm. 48, pág. 399) de la lex *Cum Tabernam*: «*Cur nihil egisse videri possit? An quia taberna, de qua nihil agitur, aut in solo publico posita est: aut de publico conducta: ut ejus generis tabernam pignori obligari non possis magis quam res ipsas, quae vere publicae sunt...*»

mitiendo esta explicación, que hace unos cincuenta años vuelve a repetir el maestro italiano Scialoja (9). Los mercados solían explotarse por concesión, como aun hoy, pues se hallaban en lugar público. El contexto de la ley *Cum tabernam* nos demuestra que nos encontramos ante un supuesto de esta especie.

d) Igualmente, resulta de la misma ley que no se comprendían en la pignoración cuestionada el derecho arrendaticio, ni el *instrumentum tabernae* (10), pese al texto de Paulo antes citado (¿es que en el caso de la ley «*Cum tabernam*» el *instrumentum tabernae* estaba adscrito a aquel lugar público?). Lo cierto es que la ley «*Cum tabernam*» plantea esta alternativa: «¿no habrá realizado nada con este acto?» (*utrum eo facto nihil agerit*) «o bajo la denominación tienda (*tabernae appellatione*) se consideró que obligó las mercancías que en ella había».

Conforme entendió Bartolo, en el sentido de la ley: «*Apellatione tabernae venit, universitas mercantiae, quae ibi exercetur.*» Tratábase, pues, solamente, de la pignoración o hipoteca de las mercancías contenidas en una tienda o en un almacén.

e) En la ley *Cum tabernam* se plantea la pignoración de las mercancías de una tienda *sin desplazamiento de su posesión*. Claramente resulta así de su texto: Es del deudor de quien se presupone que con el tiempo hubiese vendido aquellas mercancías que había en la tienda al constituirse la prenda, y comprado e introducido en la tienda otras. También las expresiones *obligasse videatur* y *pignori obligata esse videntur* (11), referidas a las mercancías, corresponden a la terminología de la prenda convencional, que recibiría más tarde, por influencia helénica, aun sin perder su antigua denominación, el nombre griego de *hypotheca*. Es más, en este mismo proemio, que usa las expresiones *pignori derit* y *pignori obligata*, se pregunta si el acreedor podrá reclamar las mercancías que se encuentran *in eam tabernam*, precisamente, con la *hypotecaria actione*:

(9) VITTORIO SCIALOJA: «Sulla locazioni dell'esercizio di un fondaco e sulla propieta delle merci in esso esistenti (Nota alla sentenza 24 nov. 1892, Cass. Roma)», publicada en *Foro italiano* 1883, I, col. 705, y en *«Studi Giuridici»*, Vol. III—Roma 1932—(que es donde lo hemos consultado), página 381.

(10) Así lo anotó GOTHOFREDO (glos. cit.): que no se entendía pignorada *nec taberna cum instrumento*.

(11) Así, señala ARIAS RAMOS («La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana», en *Rev. Der. Priv.*, vol. XXVII—abril 1943—, pág. 219, n.º 6): «Cuando se quería aludir concretamente a la modalidad apuntada del *pignus* (es decir, a aquél en que *non transit nec possessio ad creditorem, o hypotheca*), resultado del triunfo de la teoría de la *voluntas* en el Derecho pretorio, se hablaba de *conventio* y *convenire*, de *pactum, pactare*, o refiriéndose a la cosa de *res obligata, de obligare, pignus obligatum, res pignori obligata, praedium obligatum*».

Covarrubias (12), Merlino (13), el Cardenal de Luca (14), etc., emplean esta denominación hipoteca al aludir o examinar el texto de que nos ocupamos.

La salvedad es interesante. De ese modo el problema de la reposición de las mercancías queda situado en un ángulo jurídico inverso al planteado en la prenda hacienda mercantil, o en la de almacén, por la doctrina italiana moderna que exige en toda pignoración el desplazamiento de su posesión, acompañado de una adecuada publicidad (15). En ese supuesto, el acreedor tiene en su poder las mercaderías, puede disponer de ellas como el usufructuario del establecimiento, con la obligación de reponerlas. En cambio, en la hipótesis que examinamos el deudor sigue en posesión de la tienda o almacén, puede disponer libremente de las mercancías y suya es la obligación de reponerlas.

2. La hipoteca de las mercancías de una tienda planteó ya en Roma la primera cuestión teleológica. Tienda con sus mercancías pignoradas equivaldría a tienda cerrada, si el gravamen impidiera la normal disponibilidad de aquéllas. Era, pues, necesario que pudieran venderse y que los compradores las adquieran sin mácula de gravamen (16). En la *ratio* de la ley *Cum tabernam* se presupone que ésta era la intención de las partes. Merlino (17) explicó que «per hypothecam mercium non censemur sublata facultas debitori eas alienandi, sed tacite actum censemur, ut possit eas alienare» y que «huiusmodi hypotheca non impedit, quin res venales distrahi valeant». Despues, tal vez por influjo germánico, por uso reconocido fundado en la equidad y por razón de comercio, como dijo el Cardenal de Luca (18), en ningún caso fué ejercitable la hipoteca contra las mercancías individualmente vendidas a tercero que las compró de buena fe.

(12) DIEGO COVARRUBIAS DE LEIVA: «Variorum Resolutionum», Lib. II, cap. V, núm. 2, en «Opera Omnia» (Antuepiae 1614), Vol. II, pág. 116.

(13) MERCURIAL MERLINO: «De Pignoribus et Hypothecis tractatus absolutissimus» (Venetiis 1649), Lib. II, Tit. I, Quaest. XLV (pág. 139 y siguientes).

(14) Disc. XXXV cit.

(15) Así, v. gr., FRANCESCO FERRARA (senior): «Trattato di Diritto Civile italiano», Vol. I (Roma 1821), núm. 169, pág. 809 (donde, no obstante, cree preferible organizar su publicidad, a través de la forma hipotecaria); LORDI: «Pegno commerciale», en «Nuevo Digesto Italiano», Vol. IX (Torino 1939), núm. 59, pág. 667.

(16) DIEGO IBÁÑEZ DE FARIA: «Additiones, observationes et notae ad libros Variarum resolutionum Ilmi. ac Revdmi. D. Didaci Covarruvias a Leiva» (Coloniae. Allobrogum 1728), ad Lib. II, cap. V, núm. 14 (pág. 177). Resume así la opinión común, con citas de STRACCA, RIPA, MERLINO, BARTOLO, BALDO, ANTONIO AGUSTÍN, etc.: «Speciale est in mercibus, ut hypotheca per eorum alienationem extinguatur, nec detur actio contra tertium possessorem creditori, quoniam ipsarum naura aliud non patitur, atque ita videntur contrahentes tacite convenire, ut distrahi irrevocabiliter possint ne alioqui commercium impediatur».

(17) Op. cit., Lib. II, tit. II, Quaest XLIV, núm. 28 (pág. 141).

(18) Disc. cit., núm. 3 (vol. cit., pág. 64).

Por la primera razón—interpretación de la voluntad de las partes—Scaevola, en el texto que estudiamos, respondió: «ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur» («se considera que están obligadas en *prenda* las cosas que se hallaron en la tienda al tiempo de la muerte del deudor»).

## I. ¿CUAL ES LA EXPLICACION DOGMATICA DE ESTE DICTAMEN?

### A) *Concepción de la «universitas».*

3. Ha sido la primera solución ofrecida como básica. Pero la *universitas*, como posible objeto de derechos, ha sido harto discutida. Se habló de ella como concepto *ontológico*, como concepción meramente *lógica* y simplemente como *expediente técnico* que explica determinados efectos jurídicos. Incluso su origen y el valor terminológico clásico de la palabra *universitas* y de la expresión *corpus ex distantibus* han sido desmenuzados por los romanistas.

a) El texto básico que en el Digesto (XLI-III, 30, pr.) formula la concepción del *corpus ex distantibus* corresponde a Pomponio (libr. XXX ad Sabinum). Refiere, en él, la famosa tripartición de los *tria genera corporum*: *corpus unitum* «quod continetur uno spiritu», como el hombre, el madero, la piedra, etc.; *corpus ex coherentibus o connexum*, «quae ex contingentibus constat», que se compone de varias cosas unidas entre sí, como un edificio, una nave, un armario; y *corpus ex distantibus*, que consta de muchos cuerpos no unidos, pero subordinados a un solo nombre, como un pueblo, una legión o un rebaño.

Scialoja (19) nos explica que este texto recogió la doctrina estoica, repetidamente explicada en los libros filosóficos (Plutarco. Séneca, Tazio). Incluso los ejemplos ofrecidos fueron precisamente los usados por las escuelas filosóficas. Pero, para los estoicos, el *corpus ex distantibus* está compuesto siempre por cosas animadas (20). Por eso, el maestro italiano estima absurdo querer extender el concepto a la biblioteca, los almacenes o semejantes. Antes que él, otros autores habían sostenido este criterio restrictivo. V. gr. Winscheid, a partir de la 5.<sup>a</sup> edición de sus Pandectas (21).

(19) Op. cit., *Stud...*, III, pág. 378.

(20) Incluso señala que la duda suscitada por la circunstancia de comprenderse a las constelaciones en dicha categoría, se desvanece recordando que para los estoicos también las estrellas eran seres animados, incluso de grado más elevado que las bestias y los hombres (SCIALOJA, loc. cit., págs. 378 in fine y sig.).

(21) BERNARDO WINSCHEID: *Il Diritto Delle Pandette*, versión italiana, con notas de FADDA y BENSA —Torino 1925—. Vol. I, § 137. núms. 6, 7 y 8, pág. 479.

... ¿Pero esta teoría filosófica tuvo aplicaciones reales?, ¿o no pasó de una abstracción sin efectos jurídicos prácticos?

Por de pronto, Pomponio, en el § 2.<sup>o</sup> del texto antes citado, niega la usucapión y la posesión del rebaño como tal—«*sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio*»—; y la *vincitatio gregis* (22) tampoco supone una propiedad sobre el rebaño distinta del derecho que individualmente se tenga sobre cada *res*. La reivindicación por sus respectivos propietarios de los *capita aliena* (Dig. VI-I, 3, pr., Ulpiano)—según precisa Barbero (23)—nos demuestra que la concepción del *grege* como *corpus ex distinctibus* no sustituye a las *singula ovem* como objeto de la propiedad. Únicamente tiene la función de invertir el procedimiento de determinación de los objetos de la reivindicación, que resultan en él por exclusión de las ovejas ajenas.

b) Los términos *universitas*, *universaliter*, según Bonfante (24), expresaron en la latinidad clásica genéricamente la totalidad, la colectividad, en oposición a las partes, a los elementos singulares. *Universus* equivalía a *omnis* e indicaba, en sentido enfático, la totalidad, la unanimidad, pero no la unidad. La antítesis típica era *singuli-universi*. En cambio, según el mismo maestro, en el lenguaje justiniano, *universus* equivale a *totus*, *cunctus*, y adquiere valor orgánico, unitario. La *universitas*, es así usada por los bizantinos para significar una unidad orgánica; es decir, un complejo de cosas consideradas como un único objeto.

Albertario (25) distingue en tres grupos los textos de las Pandectas que contienen el término *universitas*. Los que lo emplean con referencia a la *hereditas*; aquellos que lo aplican a la corporación como persona jurídica, y, finalmente, los demás por exclusión. En los dos primeros grupos, cree que esa expresión es fruto de interpolaciones de los compiladores. En el tercero, acepta su origen clásico.

Ahora bien, este autor, como Bonfante (26), también acepta la interpolación, señalada por Eisele, en el texto de Ulpiano, Digesto VII-I, 79, § 3.<sup>o</sup>, del inciso «*id est universitatis*», referido al *corpus ex distinctibus* (*grege, equitium, armentum*), pues entiende que los clásicos, que tenían un tecnicismo terminológico perfecto y nunca usaban un término con significados diversos, no utilizaron

(22) Ver GAYO, IV-XVII, 1, § 3.<sup>o</sup>; ULPIANO, Dig. VI-I, 1, § 3.<sup>o</sup>; PAULO, Dig. VI-I, 2; ULPIANO, Dig. VI-I, 3; PAULO, Dig. VI-I, 23, § 5.<sup>o</sup>; POMPONIO, Dig. XLIV-II, 21, § 1.<sup>o</sup>

(23) DOMENICO BARBERO: *La universalità patrimoniali* (Milano 1936), número 52, pág. 196.

(24) PIETRO BONFANTE: *Le formazione scolastica della dottrina dell'universitas*, en «*Scritti Giuridici Varii*», vol. I (Torino 1926), pág. 308. y *La successio in universum ius* e *l'universitas*, vol. cit., pág. 268.

(25) EMILIO ALBERTARIO: *Actio de universitate e actio specialis in rem*, en «*Studi di Diritto Romano*», vol. IV (Milano 1946), pág. 70.

(26) «*la, successio in universum ius* e *l'universitas*, *Scritta...*», vol. cit., pág. 270.

jamás en sentido abstracto la palabra *universitas*. Por otra parte, cree Albertario (27) que la concepción de la *vindicatio gregis* como una *actio rei specialis*, supone una contradicción *in terminis*, en la que no pudo caer Ulpiano, en el frag. 1, Dig. VI-1. Por lo que estima interpolado el inciso «*specialis in rem actio*», del § 1.º de dicho texto, tanto más cuanto que en aquel absurdo cayeron los bizantinos, tal como, a su juicio, inevitablemente debían caer por su preocupación en distinguir entre la *actio in rei specialis* (*rei vindicatio*) y la *actio universitatis* (*acciones hereditarias*).

En cambio, Barbero (28) subraya que no es posible afirmar que para los clásicos todo término tuviese un significado determinado. Por lo menos resulta de los textos precisamente lo contrario con referencia a la palabra *universitas*. Así indica: cosa compuesta en la *universitas aedium* (Dig. XLI-III, 23; XLIII-XXIV, 8; XLVII-1, 7, 11); la integridad del *corpus unitum*, en la *universitas fundi* (Dig. XXXI-único, 10; X-II, 30; XLI-IV, 2, § 6.º; L-XVI, 239, § 8.º); la suma atomística, en la *universitas centum et viginti*, etcétera (Dig. XIII-IV, 10; XLVI-III, 73; XXIX-1, 18, pr.; XXXIV-II, 8); y el *corpus ex distantibus* en el aludido fragmento de Ulpiano, Dig. VII-1, 79, § 3.º A su juicio, en este texto, el inciso «*id est universitatis*» pudo ser genuino, ya que no es necesario referirlo a una *universitas* como *categoría general*. Entiende que no tuvo valor extensivo, sino meramente explicativo; ni pretendió abrazar en una categoría general, además del rebaño, el *equitium* y el *armentum*, etc., sino que simplemente quiso explicar el sentido, el modo, como las unidades del conjunto eran consideradas *sub specie universitatis*. Es decir, determinadas precisamente por formar parte de dicho conjunto con referencia a él.

Si el *id est universitatis* no expresa un concepto dogmático, sino un modo de considerar, no parece—según sigue raciocinando Barbero—que deba ser aplicado solamente a los complejos animados (*grex*, «*et quae gregatim habentur*»). Ciertamente, en las fuentes la terminología se aplica solamente a éstos, entre las posibles universalidades de cosas; pero—a juicio del mismo autor—este dato terminológico no prejuzga para nada el punto de vista sustancial. Su valor jurídico, que estima coincidente con el de la expresión *corpus ex distantibus*, entiende que consiste en: «Someter un complejo de cosas a un tratamiento jurídico unitario, como si la efectiva pluralidad de las cosas fuese (lógicamente) reducida a la unidad.»

4. En Derecho común aparece en clara antítesis la terminología *universitas facti* y *universitas iuris* (29). Esta, caracterizada por gozar de la *actio de universitate* y por el principio de la subrogación real *in iudicibus universalibus*, tenía la *hereditas* como

(27) Loc. cit., págs. 94 y ss.

(28) Op. cit., núm. 51, págs. 185 y ss.

(29) Ver en la citada obra de BARBERO (núms. 80 y ss., págs. 302 y ss.) una interesantísima reseña de la posición de glosadores y comentaristas.

figura más característica, a la que luego se agrega el *peculium* (30) y se la calificó de *universitas incorporalis et iuris*, ya que podía componerse de *corpore* y de *iure* o incluso solamente de *iure*. Aquella, compuesta necesariamente de cosas corporales—«*corpore*»—, reconocía al principio únicamente los complejos animados—«*ut gregis*»—, era objeto de la «*actio singularum rerum petitionis*» y a efectos de la subrogación fué catalogada entre los *iudicibus singularibus*.

No faltaron autores (31) que entre la *universitas iuris*—«*ut est hereditas quae potest consistere sine corporibus*»—y la *universitas facti*—«*consistente in corporibus sine quibus consistere non potest, ut gressus*»—situaron una tercera especie, la «*universitas mixta*», o «*iuris et facti mixtum, ut peculium, dos patrimonium*» (32).

En la terminología observamos las expresiones: «*nomen universitatis*»—que Bartolo aplica a la denominación *tabernae*, referida a las mercancías en ella contenidas (33)—; «*corpus universale*»—aplicado a las universalidades de cosas, que con Gothofre-

(30) Resumiendo, según su propio criterio, las opiniones de los autores, nuestro PARLADORIO (op. cit., Diff. CXXXI, núm. 2, pág. 369) dice: «Quator autem sunt in jure nomina quae universitatem significant, secundum Bald. ... Haec nempé, *hereditas, patrimonium, peculium, bonorum possessio*, adjiciunt et alii *dotem*, inter quos est Bartol...».

(31) Tales: GIASON DEL MATINO y ALCIATO (ver la obra de BARBERO, página 307, nota 330, y pág. 316, nota 349).

(32) La calificación de la dote como *universitas iuris* fué muy discutida, debido a que la subrogación real *praetium loco rei*, en ella sólo tenía lugar *ex conventione* y *ad utilitatem mulieris*. (Ver su resumen en las páginas 309 y ss. de la cit. op. de BARBERO.)

Entre nuestros clásicos, MATIENZO (*Comentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*—Mantuae Carpetenae 1597—. Tit. II, Lex I, glos. 1, fols. 41 y ss.) se ocupó principalmente de esta cuestión. A su juicio: «*dos est ius mixtum de universali et particulari participans, prout magis mulieri expederi*» (núm. 1, fol. 41 y vto.). Y, a la pregunta de si el precio *can succedat loco rei* en dote, *sicut in rebus universalibus*, responde negativamente, pero con esta salvedad *enisi ita fuerit conventum, quia sic expedit mulieri...*, ibi si muliere ita utiles» (núm. 12, fols. 42 vto. y 43).

También discuten nuestros clásicos la naturaleza del mayorazgo. Para el Dr. LUIS DE MOLINA (*De Primogeniorum Hispanorum origine ac natura*—Nova Editio, Lugduni 1749—, Lib. I, cap. XXVI, núm. 20, pág. 214), «*titulum majoratus non esse titulum particularem, sed universalem cum eidem cadant accessiones et incrementas...*». «*Intelligendum autem est majoratum esse quid universale, nendum si ex pluribus constet vel ex una universali, oppido, castro, seu civitate, vel rebus similibus, sed etiam si solum constet ex domo, vel fundo, vel alia re particulari simili: adhuc enim dicendum erit esse ius universale, saltem aptitudine; quia ex accessionibus potest augeri...*». «*sed haec erit universitas facti, non juris, ut optime declarant Sigismundus Neapolitanus... atque Mattheaus de Afflictis...*». ubi dicitur *feudum esse universitate facti, non juris. Ea autem quae quoad hoc in feudis dici solita sunt, optimo jure ad majoratus deduci poteruntur.*».

(33) Op. y loc. cit. «*Appellatione tabernae venit universitas mercantiae, quae ibi exercetur*». En otro inciso de la misma glosa añade: «*Opertet haec appellatio, tabernae, puta refertur ad merces est nomen universitatis, sicut, gress, peculium, et similia... et ideo licet merces mutetur: tunc videtur esse taberna*».

do (34), Merlino (35), el Cardenal de Luca (36), Salgado de Somoza (37), etc., no sólo es referida a los complejos animados, sino también a la taberna—; *ius universale*, que, para Salgado de Somoza (38), corresponde al *nomen universitatis* y es distinto a la suma de los derechos sobre los bienes y especies que están comprendidos en el mismo, por la susceptibilidad de extenderse a los futuros aumentos que se entienden comprendidos en el nombre universal; *causa universale*—equivalente al título hereditario (39)—; *iudicibus universalibus*, expresión de la que nos ocuparemos al tratar de la subrogación real, originariamente referida a la petición de herencia.

Covarrubias (40) nos señala la significación de la oración universal, a la que atribuye el sentido de totalidad, mas no de unidad.

Y Fontanella (41), en este mismo sentido, distingue: «Uni-

(34) Op. y lex cits., gl. a las palabras «an tabernae» (núm. 49, página 399), donde se lee: «Universitatis corpora (ut est taberna)».

(35) Op. cit., Quaest. cit., núms. 51, 55 (págs. 142 y s.). En esta última dice: «Quia corpus universale mercatoris potest considerari, ut quid distinctum a singulis mercibus, et uti ius universale...» En el núm. 24 (pág. 141) parece en cambio que apunta el sentido de un *modo de considerar*, más que el de concepto dogmático, ya que dice: «Ideo veniunt merces, quia sub nomine universalis corporis tabernae continentur».

(36) Op. y Disc. cits., núm. 4 (pág. 64). Refiriéndose, «ubi agatur de universitati fundaci, seu tabernae», afirma que «tunc attenditur ipsum corpus universale, quod semper est unum et idem, nequeper variationem mercium variatur». En el núm. 21 (pág. 65), donde se remite a los Disc. XV y XVI del Lib. V, Pars. I (págs. 39 y ss.), distingue el conjunto de mercancías y el negocio propio del establecimiento: de éste dice que «non consistit in ipsis mercibus, materialibus, sed in ipso jure incorporali, seu intellectuali».

(37) FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA: *Labyrinthus creditorum concurrens, inter illos causas*, Pars. IV (Lugduni 1672), cap. II, núm. 6, pág. 15.

(38) Op. y loc. cits., núms. 96 y 97, pág. 24.

(39) DR. LUCA (Disc. XXXV, cit., núm. 55 y 56, pág. 68, al distinguir «inter causam universalem, et particularem» reconoce: «Bene verum quod prima pars distinctionis circa causam universalem, communiter recepta est in ea universitate, quae consideratur in haereditate..., non tamen procedit in omni alia universitate». Más exactamente, expresa la distinción VINNIO (*Selectarum Juris Quaestionum*. Ed. Novissima, Lugduni 1755. Lib I, cap. XXIII, pág. 40) ...«Aut allegat titulum, sed universalem scilicet pro haerede... aut allegat titulum singularem, et hunc vel universitate sive haereditate aut parte haereditate... vel in re singulari...»

Causa o título universal vale tanto como título de herencia, por cuyo título pueden adquirirse toda clase de bienes. Por causa o título singular (como es la compraventa) pueden ser adquiridos tanto *universitas facti* o *iuris* como cosas singulares.

Así como la expresión *iudicibus universalibus* no se define por el objeto sino por la acción ejercitada (*petitio haereditatis*), causa o título universal tampoco se refiere a la naturaleza del objeto, sino a la causa o título de su adquisición.

(40) DIDACI COVARRUVIAS A LEYVA: *Variorum resolutionum*—en «Opera Omnia». Vol. II (Antrepiae 1614)—Lib. I, cap. XIII, núm. 1 (pág. 57): «Universalis oratio est, quae termino communi signum universale apponitur est enim signum universale, quod omnia referri potest, et per se ipsum nihil significat, ut nullus, homo, omnis: erit ergo propositio universalis, Nullus homo cantat, Omnis homo dormit, Nemo currit».

(41) JOANIS PETRI FONTANELLAE: *Tractatus de pactis nuptialibus sive de*

versalitas autem quae provenit ex re ipsa est, quae res ita ex se universitatem importat, ut nullo ad id ageat signo universalis, veluti *haereditas, peculium, grex, et similia*, quae corporum, et iurium universitatem important: universitatem autem, quae descendit ex vocabulis, est quae ex se universalitatem minimè denotat, sed ex eo, quod ei signa universalia, veluti *omnes, quicumque, et similia* adiungantur.»

Pero, frente a este sentido *totalitario* de la *universalis oratio* o del *nomen universalis*, aparece como *unitario* el significado de *corpus universale*, «*quid distinctum a singulis mercibus*» (42), «*quod semper est unum, et idem*» (43).

Sin embargo, esta concepción se basó, seguramente, en un espejismo producido por la distinta eficacia de la venta al detall de las mercancías y de la venta del conjunto o de la mayor parte de éstas. Al acreedor, garantizando con hipoteca de la *taberna* no le era posible actuar sobre las mercancías vendidas, «*quando ut singulæ, et minutum fuissent distracta et alienata*» (44); en cambio, podía ejercitar su derecho contra el comprador en bloque de la totalidad, o de parte alícuota, o de todo el negocio (45). Más adelante veremos cuál es la verdadera explicación de estos efectos, evidentemente justos y equitativos.

Ciertamente, se distinguió con precisión entre la determinación *específica* de las mercancías de un conjunto y su determinación *sub nomine universale*. Bajo el nombre universal *taberna*, como glosó Bartolo (46), se comprenden todas las mercancías que allí se encuentran; «*veniut merces, quia sub nomine universalis corporis taberna continentur*», según dejó escrito Merlino (47). En cambio —expresa este último autor (48)—, en el caso de que las mercancías—«*merces et res venales*»—«*fuerint descriptæ in instrumento*», cada una de ellas queda expresa y específicamente hipotecada y la hipoteca les sigue aunque fuesen vendidas, «*cum alienatio vetita censeatur*» (49).

*capitulis matrimonialibus. Tomus prior* (Lugduni 1667), Clas. IV. Glosa IX. Pars. IV, núm. 98 (pág. 160).

(42) MERLINO, op. y quaest, cits., núm. 55 (pág. 143).

(43) DE LUCA, op. y disc. cits., núm. 4 (pág. 64).

(44) MERLINO, loc. cit., núm. 50 (pág. 152); DE LUCA, loc. ult. cit., núm. 3 (pág. 64); IBÁÑEZ DE FARÍA, op. y loc. cit. núm. 14 (pág. 177).

(45) MERLINO, loc. cit., núms. 51 y 55 (págs. 152 y s.); DE LUCA, discurso cit., núm. 4 (pág. 64); IBÁÑEZ DE FARÍA, op. y loc. cits., núm. 18 (pág. 177): «*Quia eas (mercum) non minutatim, sed ut corpus emit, velut si tota taberna, vel horreum fuerit distractum, au pars ejus quotitativa: nam cum universitas rerum sit cum suo onere transit in emptorem, sicut caetera quae nexus obligationis tenentur...* «*Cessant enim hic rationes, propter quas mercum obligatum alienatio est permissa.*»

(46) Op. loc. cit.

(47) Quaest. cit., núm. 24 (pág. 141).

(48) Quaest. cit., núm. 68, pág. 143.

(49) También se expresa en este sentido IBÁÑEZ DE FARÍA (op. y loc. cits., número 19, pág. 177): «*Si in generali obligatione merces aliquae fuerint descriptæ, quod eas, actionem creditorí contra tertium possessorem non denegari;*

Nuestro clásico Salgado de Somoza (50) formula la distinción en estos términos: «Quia aliud est hypothecare jus universale per nomem universalae, ut gregem, peculium, mercimonium; aliud vero hypothecare bona et species ipsius juris universalis, ut sub illa hypotheca cadat augmentum, sub iste vero minime».

Esta distinción creemos que nos encamina por la verdadera senda. La designación *sub nomine universitatis* equivale a un modo de determinar las unidades no *in specie*, sino *sub specie universitatis*; no individualmente, sino en cuanto formen parte del conjunto en el tiempo correspondiente. Los textos últimamente transcritos nos aproximan a la explicación de Barbero. En cambio, los que hablan del *corpus universalis*, como hemos enunciado y luego desarrollaremos, sufren el espejismo de un determinado efecto—¿sujeción del *corpus*?—que tiene otra explicación distinta.

5. La moderna doctrina ha llenado muchas páginas discutiendo la naturaleza de la *universitas rerum* o *facti*.

a) Una primera teoría la considera como una cosa material con existencia real. Warkoening y Gesterding, entre otros pandectistas, defendieron esta tesis (51). Fadda y Bensa (52) cuentan en Italia entre sus más ilustres sostenedores.

La independencia del todo respecto de sus elementos constitutivos, de modo que aquél permanece idéntico pesa a la mutación de sus componentes singulares, se considera como la prueba más segura de su unidad jurídica.

Su carácter corporal, determinado por su composición, creen que está reconocido en el citado fragmento de Pomponio de los *tria corpora*. Si en la distinción de los *corpora* en tres categorías se usara la expresión en un sentido para dos de las categorías y para la tercera en otro distinto, resultaría una incongruencia terminológica y, además, un error de lógica, pues las distinciones o clasificaciones sólo se hacen en orden a cosas pertenecientes al mismo género.

Otros autores, como Bonfante (53), han aceptado esta tesis, aunque limitando su campo de aplicación a las agrupaciones de animales constituyentes del rebaño. «Una vez admitido el concepto de universalidad de cosas, adoptando como criterio la conciencia y la economía, a nada conduce—según el sabio romanista—rebelarse a la idea de que semejante universalidad constituye una cosa

nam censentur specialiter obligatae, et earum alienatio quounque modo vetita.

(50) SALGADO DE SOMOZA: *Labyrinthus creditorum concurrentium*. (Editio novissima, Lugduni 1672), Pars. IV, cap. II, nún. 97 (pág. 24).

(51) Ver las citas que de estos y otros autores hace SCIALOJA (loc. cit., página 377).

(52) FADDA Y BENSA: Notas al *Diritto delle Pandette de Winscheid*. Vol. V. nota b, al Libro III, nún. 8 a 12, págs. 10 y ss.

(53) BONFANTE: *Instituciones de Derecho Romano*, traducción española de la 8.<sup>a</sup> ed. italiana, por BACCI Y LARROSA (Madrid, 1929) § 78, pág. 241, nota 2.

corporal. Todo se reduce a operaciones del pensamiento. Pero el concepto mismo de cosa es una operación de nuestro pensamiento; en la naturaleza no existe más que el átomo, aunque en ella sea el último elemento» (54).

b) Como variante de la concepción positiva, otros muchos autores (55) entienden que la *universitas facti* es una realidad jurídica ideal, es decir, una *res incorporalis*. En sentido material, *corpus* sólo puede ser lo que tiene carácter unitario. La unidad de un cuerpo está siempre condicionada a una exterior coherencia. Si ésta falta, si existe la pluralidad de cosas, su conjunto no puede constituir una sola cosa material. Pero si el común destino económico imprime al agregado una individualidad propia, que no cabe alterar por las variaciones de sus componentes, entiende Venezian (56) que es necesario aplicar el concepto de cosa objeto del derecho a aquella *unión de cosas* conexas por su destino. La unidad del conjunto—dice—«constituye una mera representación individual y la misma realidad física de la unión no es sino la realidad de la posición en que se hallan colocadas determinadas cosas». Esa unidad se concibe, por lo tanto, como un *quid* necesariamente inmaterial, dada la pluralidad real y distinta de los diversos elementos componentes del conjunto.

c) No obstante, en la doctrina, con cierta variedad de matizes, predominan las tesis negativas (57), es decir, las posiciones que niegan a la *universitas* la posibilidad de ser objeto de derechos. Según Scialoja (58), la lectura sin prejuicios de los textos romanos convence de que, en la mayoría de ellos, la pretendida *universitas* no tiene importancia jurídica directa, ni es construida por el Derecho como cosa en sí misma, y en cambio, tiene importancia indirecta como elemento de interpretación de la voluntad o del criterio como deben ser administrados ciertos conjuntos de cosas.

Ya Ihering (59) hizo notar que dos relaciones de propiedad no pueden existir sobre *una sola y misma cosa* (*unidad de la cosa, unidad de derecho*, teoría de la accesión), así como tampoco puede existir una sola relación de propiedad sobre dos cosas (*pluralidad de cosas-pluralidad de propiedad*).

(54) Respecto a la terminología clásica, observa que *corpus* cuando no se usa en el sentido más restringido de cuerpo, es un puro y simple sinónimo de *res* (*corporalis* se entiende), en todos los usos jurídicos y extrajurídicos de la palabras.

(55) Ver los autores que citan SCIALOJA (loc. pág. últ. cit.) y FADDA Y BENSA (loc. cit., núm. II, pág. 15).

(56) VENEZIAN: *Usufructo, uso y habitación*, trad. española anotada por Castán (Madrid, 1928), vol. II, núm. 277, pág. 265 a 269 y esp. nota 1 de la pág. 268.

(57) Ver la bibliografía que cita BARBERO, op. cit., núm. 1, pág. 2 y ss., nota 2.

(58) Loc. cit., pág. 378.

(59) RUDOLF VON IHERING: *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, versión española y notas de PRÍNCIPE Y SOTORRES (quinta tirada, Madrid, s. f.) Vol. IV, § LVI, pág. 41.

En este sentido Ferrara, padre (60), señaló que la consideración de la *universitas rerum* como cosa corporal o incorporeal no suprime la individualidad de las cosas singulares que la componen. Por eso «es admitido un dualismo de los derechos de propiedad sobre el agregado y sus componentes, derechos que concurren y no se absorben, de modo que la introducción de una cosa ajena en la universalidad no extingue la propiedad del dueño de aquélla». Ese razonamiento basta por sí sólo—a su juicio—para demostrar el error de las construcciones positivas.

El absurdo se confirma con la fórmula que, para patentizarlo, nos ofrece Barbero (61): conjunto de X elementos = propiedad de X + 1 cosa (la *universitas*).

Varias cosas materiales no pueden ser a la vez una sola cosa material.

Pomponio, en el fragmento de los *tria corpora*, no pudo usar en su sentido ontológico, sino con significado alegórico, o a lo más lógico, la palabra *corpus* en el *corpus ex distantibus*. Así resulta del mismo texto que le niega la posibilidad de posesión y de usucapión. Recuerda Barbero (62) el concepto gayano de las cosas corporales recogido en la *Instituta* (II, 12-73). «Corporales hae sunt quae tangi possunt». Quien intentase tocar un rebaño o una biblioteca—explica—, difícilmente lograría tocar más que alguna oveja o algún libro. Y, aun cuando las tocase todas, tocaría todas las ovejas del rebaño, pero no a éste, que sólo es un *nomem* lógico.

Si la *universitas facti* no es una cosa material, tampoco puede ser una *res inmateriale*. Un conjunto de cosas materiales no puede ser una cosa inmaterial. Puede abstraerse como concepto, pero un *concepto* no es un *ser*. El propio Barbero (63) señala que no tiene una existencia objetiva, sino sólo *subjetiva*; no existe en la *serie de los seres*, sino en el interior del ser pensante.

Como concluye Barassi (64), no ofrece duda que la universalidad se esfuma en una entidad meramente conceptual e incorpórea si se quiere construirla como unidad independiente de sus elementos.

Negada la posibilidad de que una universalidad pueda ser objeto de derechos, es decir, negada su existencia ontológica, se plantea si su concepto puramente lógico, basado en la unidad económica de algunos conjuntos, tiene alguna repercusión jurídica.

Para Scialoja (65) su consideración sólo tiene una importancia indirecta como elemento de interpretación de la voluntad o deí

(60) Op. y vol. cits., núm. 169, pág. 801.

(61) Op. cit., núm. 17, pág. 66.

(62) Op. cit., núm. 8, págs. 28 y ss. y núm. 19, III, págs. 79 y ss.

(63) Op. cit., núm. 7, pág. 24.

(64) LUDOVICO BARASSI: *Diritti Reali e Possesso*, Vol. I (Milano, 1952), núm. 118, pág. 373.

(65) Op. cit. en *Studi....* vol. cit., pág. 378.

criterio que determina el modo cómo han de ser administrados ciertos complejos de cosas.

Ferrara (66) dice que «la conexión económica que liga los elementos del agregado no queda sin influencia jurídica, el Derecho lo tiene en cuenta, como tiene en cuenta la voluntad humana, dando a las relaciones jurídicas que lo requieren un especial contenido. La unidad económica del conjunto actúa, pues, no ya creando una nueva cosa, sino produciendo una desviación de los efectos jurídicos o por disposición de la ley o por interpretación de la voluntad de las partes».

Según Enneccerus-Nipperdey (67), el *común destino* en los conjuntos de cosas—que consideran como pluralidad de cosas singulares independientes—determina que en ciertos aspectos sean jurídicamente tratados como un todo.

Barassi (68) dice que el complejo no es sino la conexión por su destino unívoco de la pluralidad real de varios factores en un tratamiento jurídico unitario. Prescindir de ese común destino sería tanto como disociar el concepto jurídico del económico.

d) Estas explicaciones son consideradas insuficientes por Barbero (69). Este brillante jurista italiano sostiene que la *universitas* no es una realidad ontológica, pero sí es una realidad lógica (70). No es en sí objeto de derecho, pero es *elemento determinante* de los objetos de algunas relaciones. No es un *ser* sino un *modo diverso de considerar* cuantos elementos se comprenden en su conjunto (71). Por eso esa concepción lógica tiene un carácter relativo; así un mismo conjunto puede ser tratado *sub specie universitatis* en un aspecto y en otro no (72).

En concreto, según esta tesis: 1.º Las cosas, en su pluralidad, son los efectivos objetos de los derechos. La particularidad radica en que no están determinadas a base de su *individualidad singular*, sino de la *individualidad del conjunto*. 2.º El conjunto no es un ente en sí, pero traduce una pluralidad de entes; tampoco es un objeto de derecho, pero expresa la *pluralidad de objetos de derecho*: es el *elemento determinante de las cosas* (*elemento determinado*) que son objeto de la relación. 3.º La *universitas*, es decir, la consideración del mismo conjunto *sub specie universitatis*: es la *unidad de consideración* (vértice lógico) de la pluralidad de cosas (plataforma ontológica) a través de la *individualidad del conjunto*, en función de elemento determinante (73).

(66) Op. y vol. cits., núm. 169, pág. 802.

(67) LUDWIG ENNECCERUS Y HANS KARL NIPPERDEY: *Tratado de Derecho Civil*. Vol. II-1.º (1.ª ed. española con notas de BLAS PÉREZ Y J. ALGUER. (Barcelona, 1943) § 114. III, pág. 552.

(68) Op. y vol. cits., núm. 117-bis, pág. 363.

(69) Op. cit., núm. 13, págs. 50 y ss.

(70) Núm. 1, págs. 2 a 6 y núm. 20, págs. 82 y ss.

(71) Núm. 14, págs. 53 y ss.

(72) Núm. 15, pág. 62 y ss.

(73) BARBERO, op. cit., núm. 22, págs. 85 y ss.

Las cosas pueden determinarse: *específicamente*, sea *de modo individual o en bloque*; *genéricamente* en cantidad y calidad determinada; *alternativamente*, es decir, quedando relativamente indeterminadas entre cierto mayor número de unidades determinadas; *sub specie universitatis*, es decir, a través su inclusión en el conjunto del que forman o formarán parte.

La consideración en bloque y la consideración *in universitate*, según vimos, fueron claramente distinguidas por los clásicos, como Merlino (74) y Salgado de Somoza (75). Según Barbero (76), difieren en que el primer modo supone la consideración unitaria de la relación o del negocio, referidos al conjunto, pero a la vez la de terminación individual de cada uno de los elementos plurales comprendidos en éste; mientras que del segundo modo sólo se individualizan las cosas a través de su permanencia o ingreso en el conjunto.

En el *Nuovo Digesto* Montel (77) recoge y se adhiere a esa concepción de la *universitas* como categoría lógica, no ontológica, «que—dice—no constituye un nuevo objeto de derecho al lado de las cosas singulares, sino únicamente una operación lógica del ordenamiento jurídico sobre un complejo de objetos de derecho, que viene considerado unitariamente en relación a determinados efectos».

6. Al texto de la *lex Cum tabernam* aplican los autores la particular concepción de la universalidad que respectivamente admiten.

Ascoli (78) consideró que el gravamen recae sobre la *universitas*, como objeto inmaterial distinto de los elementos que la componen, de forma que sólo aquélla constituye su objeto, pero no éstos.

Rotondi (79) tampoco ha estimado como objeto de la garantía a los elementos que existían en la tienda en el acto de la constitución de la garantía, sino a la taberna, en sí y por sí, tal cual se encuentre en todo momento durante su funcionamiento, y permanece pese a la continua mutación que agita a sus elementos constitutivos. Sólo esta perdurable individualidad, distinta de sus elementos singulares, explica—a su juicio—cómo después de constituida la prenda se puedan vender las mercancías y sustituirlas por otras. Y, también, se ve en ella la clave del por qué decidió Scaevola que sólo se entendían vinculadas en garantía aquéllas que se hallaran en la taberna a la muerte del deudor, es decir, en aquel momento determinado en el cual el contenido y la extensión de la garantía debía concretarse

(74) Ver antes, texto y nota 45 de este trabajo.

(75) Op. y frag. citados en la nota 46, transcritos en el texto correspondiente a la misma.

(76) Op. cit., núm. 23, págs. 89 y ss.

(77) «Nuevo Digesto Italiano», Vol. IX, *Pegno civile*, núm. 35, pág. 630.

(78) ASCOLI: *Le origine dell'ipoteca e l'interdetto Salviano* (Livorno, 1887), págs. 119 y ss. (cita de FADDA Y BENSA).

(79) MARIO ROTONDI: *Il pegno dell'azienda*, en Riv. Dir. Comm. Volumen XXVIII (1930-I), pág. 794.

(Como veremos, caben otras explicaciones de este mismo resultado, tan claramente dictaminado por Scaevola.)

Fadda y Bensa (80) afirmaron que yerran quienes sólo estiman afectadas por la prenda a las cosas singulares, pero que también yerran gravemente aquellos otros—como Ascoli—que sólo admiten como objeto de la prenda a la *universitas*, y no a sus elementos singulares.

Para Scialoja (81), la prenda va referida inicialmente sobre las mercancías consideradas en sí mismas no como universalidad—*merces, quae ibi deprehenduntur, quae in taberna inventa sunt*—. «Perci si las mercancías eran el verdadero objeto de la prenda, era necesario considerar que estaban destinadas al comercio y, por tanto, que el deudor debía poderlas enajenar libres de toda carga... Esto lo sabía el acreedor, de modo que aceptando la prenda sobre las mercancías, tácitamente había permitido su enajenación, autorización que, según la regla general, daba lugar a la extinción de la prenda (Dig. L-XVII, 158; XX-VI, 4 § 1, 7 pr., 8 § 6 segs. y 10 pr.; Cod. VIII-XXV, 2 y 11). Si la prenda no perduraba sobre las mercancías enajenadas, el otorgamiento sería inútil y ridículo si en las partes contrayentes no se presupusiese la intención de someter a la prenda las mercancías adquiridas en sustitución de las vendidas. ¿No era suficientemente clara tal voluntad cuando el correspondiente contrato se había referido a la taberna? Ahora bien, todo el mundo sabe que era perfectamente lícito constituir una prenda sobre las cosas que se adquiriesen en lo futuro e incluso que se produjesen en lo futuro (Dig. XX-I, 1, pr.; 15 pr. y § 1.º; 16 § 7.º; XX-IV, 3 § 1.º, 7 § 1.º, 11 § 3.º; Cod. VIII-XV, 5).»

La misma explicación, basada en este criterio de interpretación de la voluntad de las partes, ha sido aceptada por el santo jurista Contardo Ferrini (82), por Hölder (83), por Bonfante (84), por Ferrara, padre (85)... Según este último autor, la sucesiva extin-

(80) Op. y vol. cits., nota b), núm. 34, pág. 50.

(81) Op. cit., «Scritti...», vol. cit., pág. 381.

(82) CONTARDO FERRINI: *Anotaciones a las Pandectas de Glück*, vol. XX, pág. 746 (cita de FADDA Y BENSA).

(83) HÖLDER: *Pand.* § 30, pág. 138 (cita de los mismos anotadores).

(84) «Instituciones...», cit., § 148, pág. 446: «Si la prenda recae sobre una universalidad de cosas—aquí se entiende por *universalidad* un conjunto cualquiera de cosas reunidas en un único concepto económico, y, por lo tanto, no solo el rebaño y semejantes, sino también, por ejemplo, un almacén de mercancías—, ella grava también cada una de las mercancías del almacén o cada una de las cabezas del rebaño; pero conforme a la presumible voluntad de las partes, se entiende que la prenda se extingue respecto las mercancías o cabezas enajenadas y en cambio se extiende sobre las introducidas de nuevo, siempre y cuando el conjunto no sea destruido o disminuido.»

(85) Op. y vol. cits., núm. 169, págs. 808 y ss.: «La solución romana para el *pignus tabernæ* se explica lógicamente, considerando que tratándose de mercancías destinadas a la enajenación, se ha de entender que el acreedor, desde la constitución de la prenda, consiente en renunciar a la garantía sobre las cosas enajenadas, así como el deudor desde el principio consiente en someter a la prenda las mercancías que se hallen en el almacén.»

ción y nueva constitución de garantía real sobre los elementos materiales—querida por las partes—produce la ilusión de una única prenda sobre la colectividad abstracta.

Kholer (86) busca la explicación en las reciprocas relaciones económicas, que vinculan las cosas singulares. Si el destino del conjunto de cosas requiere la sucesiva separación de los elementos singulares, y su subrogación con otros nuevos, la prenda deberá presentar la especialidad de cesar sobre las cosas normalmente enajenadas y de surgir automáticamente sobre nuevamente agregadas. De modo, que tal prenda sería una prenda de las cosas presentes y de las a adquirir en lo futuro, y una prenda con cláusula de extinción por la normal separación... «Económicamente sería dado en prenda el organismo en constante renovación del negocio; jurídicamente, la prenda vincularía las cosas singulares presentes y futuras, pero con la peculiar modalidad resultante precisamente del fin económico de tal derecho de prenda».

Barbero (87) señala la insuficiencia de las explicaciones ofrecidas, tanto con la tesis de la voluntad tácita de los constituyentes como a través del destino económico del conjunto. «¿No sería mejor—pregunta a los sostenedores de aquélla—, en lugar de esforzarse, *en hacer hablar al silencio de las partes*, en lugar de meterse a la busca de tácitas intenciones, referirse a una regulación positiva del ordenamiento jurídico, que pudo haber tenido en cuenta aquellas probables exigencias, pero que, técnicamente, ha concluido por hacer autónoma la propia disciplina?». A las palabras de Köhler, observa que tienen ciertamente la virtud de *describir* el fenómeno jurídico, más no, al parecer, la de explicarlo: recurrir a las reciprocas relaciones económicas no resuelve la cuestión porque se trata sobre todo de un fenómeno a encuadrar en los esquemas que constituyen propiamente la *mecánica del derecho*, no *la de la economía*.

Enneccerus-Nipperdey (88) aceptan por su brevedad la expresión prenda de universalidad, como expresión resumen, pese a considerarla inexacta. Pero estiman que esa prenda recae, en realidad, sobre las cosas singulares, y que sólo en algunos aspectos tiene un trato diverso del que tendría si las cosas hubiesen sido dadas en prenda aisladamente. Mas tampoco nos explican en qué consiste ese trato diverso ni precisan cuál es su razón jurídica.

Es Barbero (89), con su teoría de la consideración *sub specie universitatis*, quien nos ofrece de modo satisfactorio una explicación jurídica armónica con las finalidades económicas que se trata de satisfacer con la solución buscada. La aplicación nos la ofrece sobre esa fórmula:

(86) KOHLER: *Das Dispositionsbrauch*, en Iherings Iarbuch, 1880, página 296 y ss. (cita de FADDA Y BENSA).

(87) Notas 118 y 119 de su obra cit., págs. 233 y ss.

(88) Op. y vol. cits., § 114, II, pág. 552.

(89) Op. cit., núm. 54, págs. 232 y ss.

a) *Objeto del derecho* son las mercancías. Como dice el texto de la ley: «*merces... obligasse videtur*».

b) El *conjunto* no es objeto del derecho, sino elemento determinante. Como dice el texto: «*merces, quae in taberna erant, obligasse*».

c) La *universitas*, la consideración *sub specie universitatis* sitúa a las cosas y a su conjunto en la relación recíproca de elemento determinado y elemento determinante. Dice el texto: «*tabernam... pignori dederit*», para deducir que con esto no «*nihil egit*», sino «*merces quae in ea erant obligasse*».

d) La permanencia de la indentidad de las relaciones referidas al todo, no obstante la variación de los elementos componentes, según el texto: «*cum mercium species—en sentido de individualidades—mutatae sunt... ea quae mortis tempore debitoris, in taberna inventa sunt, pignori obligata esse*».

Es decir: las cosas son objeto de la relación jurídica en cuanto forman parte o entran a formar parte del conjunto, y dejan de ser objeto de la relación jurídica en cuanto cesan de formar parte del conjunto. Porque la relación jurídica se refiere a las singulares mercancías no en vista a la individualidad de cada una de éstas, sino a la individualidad del conjunto. La *universitas—la taberna—no es objeto del derecho, ni corporal ni incorporal, sino sólo un elemento lógico determinante del objeto del derecho*.

A nuestro parecer, es exacta la función jurídica que Barbero asigna a las expresiones que—como *taberna*—significan una universalidad. Ahora bien, esta determinación *sub specie universitatis* puede referirse a un período de tiempo, determinado o determinable, o bien, concretamente, a un momento, también determinado o determinable. Para Barbero la determinación *sub specie tabernam* de los objetos pignorados o hipotecados actúa desde el momento de constituirse la garantía hasta el de su extinción. De este modo, los objetos pignorados variarán conforme salgan y entren en el conjunto que actúa de elemento determinante.

En este punto discrepamos del ilustre jurista italiano. Así como en el usufructo nos parece exacto que la determinación *sub especie universitatis* tiene dimensión temporal; en cambio, tratándose de la prenda o la hipoteca, referidas a una universalidad de cosas creemos que esa determinación no se concreta sino en el instante en que la hipoteca se hace efectiva y cristaliza en el embargo de las mercancías que en aquel momento constituyan el conjunto.

Pero esta cuestión la examinaremos detalladamente en el momento oportuno.

7. Ahora, para no dejar otro frente a nuestra espalda, veremos si concibiendo como objeto de derecho a la *universalidad* de las mercancías de una tienda o almacén se lograría explicar algún efecto práctico de los jurídicamente derivados del *pignus tabernæ* y que resulte inexplicable de otro modo.

1) La permanencia de la relación, pese a la constante varia-

ción de las mercancías, como hemos visto puede ser explicada sin recurrir a la configuración de la *universitas* como realidad ontológica objeto del derecho. La idea de la determinación *sub especie universitatae* explica dicho resultado con iguales ventajas y menos inconvenientes que la concepción de la *universitas* como *corpus* o como *res incorporali*. En cambio, con la concepción de Barbero el inconveniente que no se supera es el de explicar cómo las mercancías pueden estar pignoradas sin quedar sujetas.

2) Gierke—según cita de Wolf—señaló como una consecuencia de la realidad de la *universitas* la circunstancia de que en la prenda sobre un conjunto de cosas, el derecho del acreedor a proceder a su venta se refiere únicamente a la totalidad.

Pero, como el propio Wölf replica, semejante venta colectiva puede ser estipulada en toda pignoración que se refiera a varias cosas, aunque éstas sean determinadas individualmente. Estipulación, ésta, que debe entenderse tácitamente sobreentendida cuando se pignora un conjunto de cosas (90).

3) La aparentemente reipersecutoriedad del gravamen en el caso de venta en bloque de las mercancías, parece inexplicable, a primera vista—puesto que no hay reipersecutoriedad sobre las mercancías individualmente enajenadas—, si no es partiendo del presupuesto de considerar hipotecado el conjunto, como *corpus universale* o como *res intellectuali*.

Merlino (91), después de proclamar que las mercancías sólo se entienden obligadas según su naturaleza, es decir, en tanto no sean enajenadas, y, por tanto, que sobre las vendidas cesa la hipoteca, señala que lo contrario sucede si son enajenadas como *corpus* «sive ante motum indicium, et ante ortam actionem, sive post». He aquí su explicación: «quia corpus universale mercatoris potest considerari, ut quid distinctum a singulis mercibus, ut uti ius universale assumendo dicitur venire propter ea in hypotheca». Transferida por el deudor la *tabernam* a otra persona se entiende que la transfiere «idest cum illa hypotheca, quae erat penés debitorem, tanquam contra ius ipsum, et corpus apothecae» (92). E Ibáñez de Faria (93) explica que, como la taberna es *universitas rerum*, con su carga (*cum suo onere*) pasa al comprador.

No obstante, la misma explicación puede lograrse con la tesis que niega que el conjunto sea objeto del derecho, y únicamente lo considera como elemento determinante de las mercancías hipotecadas *sub especie universitatis*. Quien adquiere mercancías de modo singular, las recibe libres de todo gravamen por imperiosa exigencia del comercio; pero a favor de quien compra en masa las

(90) MARTÍN WOLF: *Derecho de cosas*, en el cit. «Tratado...» de ENNECERUS, KIPP, WOLF, vol. III-2.<sup>o</sup> (Barcelona, 1937) § 161. IV. 2. págs. 40-1-2 y nota 12, § 166. III, 3. b. pág. 432.

(91) Quaest. cit., núm. 50 y ss., págs. 142 y ss.

(92) Núm. 55, pág. 143.

(93) Op. y loc. cits., núm. 18, pág. 177.

existencias de una tienda o un almacén no milita esta razón. Como el propio Merlino observa (94): 1.º, el *favor commercium* no tiene razón de ser en este supuesto; 2.º, el perjuicio para el acreedor no se da cuando el deudor tiene abierta la tienda, y a medida que vende va reponiendo las mercancías; pero se daría si la venta en masa extinguiese su garantía por desaparición de su objeto, y 3.º, por el fraude resultante de la operación—*vendentis in corpus non minutim*—cuando con ella se perjudicase el acreedor.

Junto a estas razones teleológicas, puede aducirse una explicación dogmática sin transformar el *corpus tabernæ* en realidad ontológica, es decir, sin elevarla al rango de objeto del derecho. Una frase de Baldo que recoge Merlino (95)—«manente eodem corpore penes emptorem durat eandem hypotheca»—y otra de Marescoto, también recogida por el mismo Merlino (96)—«ita ut corpus adhuc universale conservetur ipsarum rerum venalium apud eundem emptorem»—, deben ser traducidas del conceptualismo jurídico en el sentido de significar: «cómo siguen determinadas por formar parte del mismo conjunto»; o bien: «porque su determinación *sub specie universitatis* no varía». El *corpus*, en sentido del conjunto, la *universalidad* sigue actuando después de la venta como elemento determinante aun bajo la propiedad del comprador. Este mismo sentido debe atribuirse a las palabras de Ibáñez de Faria: “nam cum universitas rerum sit”. Desde el punto de vista de Barbero, podría decirse que si las mercancías son objeto del gravamen en cuanto forman parte del conjunto—determinadas *sub specie universitatis*—, no dejan de formar parte de dicho conjunto determinante si con la venta en masa éste no pierde su identidad.

Aunque, según luego defenderemos, la determinación *sub specie universitatis* de las mercancías pignoradas sólo deba ser referida efectivamente al tiempo del vencimiento, o al del ejercicio de la acción, también cabe una explicación semejante. La venta en bloque de las mercancías debió dar lugar, normalmente, al vencimiento de la hipoteca—simultáneo al primer instante de la operación, es decir, a la disposición del vencedor—. Sin duda el crédito así garantizado tenía cierto carácter personalísimo, ya que incluso la muerte del deudor daba lugar a su vencimiento, según el texto de la ley. Tal suceso, en consecuencia, debía dar lugar a la concreción del gravamen en las mercancías existentes en aquel momento. Estas quedarían determinadas por ese dato, precisamente al ser transferidas por el vendedor al comprador, que las recibiría con su gravamen.

#### B) *La subrogación real.*

8. Conjuntamente con el concepto de la *universitas*, o con independencia de éste, se ha recurrido frecuentemente al fenómeno de

(94) Quaest. cit., núms. 52, 53 y 54, pág. 143.

(95) Núm. 51, pág. 142.

(96) Núm. 51, vers. «Et procedere» (pág. 142).

la subrogación real, sea para completar la explicación o para explicar totalmente porque el día del vencimiento de la hipoteca se entendía hipotecadas las mercancías que, a la sazón, se hallasen en la tienda o en el almacén en cuestión.

Baldo (97) ya indicó: «quia aliae res de novo acquisitae loco illarum rerum subrogatur, est enim mercatura quodam corpus universale, ubi una res subrogatur loco alterius». También Merlino (98) explica que «aut merces dici corpus universale, et universitatem importase», por esta razón: «una res loco alterius succedit, et veniunt tam praesentes, quam futurae, uti subrogatae, et augentes ipsum corpus». De Luca (99) nos dice que la taberna, como cuerpo universal, siempre es una y la misma, y no cambia por las variaciones de las mercancías, sino que, con razón, se subrogan las nuevas en lugar de las antiguas.

Repudiando el concepto de *corpus universale*, Scialoja (100) subraya la voluntad de las partes de someter al *pignus* las mercancías que eran adquiridas para subrogarlas vendidas.

También se entiende aplicado de modo expreso el criterio de la subrogación real por uno de los preceptos agregados al Código civil por la Ley de 5 de diciembre de 1941: el artículo 1.865 bis. Su primer párrafo, después de admitir la constitución de prenda sin desplazamiento «sobre un conjunto de cosas de calidad determinada y en cantidad variable dentro los límites previamente pactados», determina que: «En tal caso, las cosas pignoradas que se enajenen serán sustituidas por otras de igual calidad y en cantidad y valor equivalentes».

Pero antes de ver la explicación que de nuestro supuesto la subrogación real puede ofrecernos, conviene que nos pongamos de acuerdo acerca de la misma.

9. Para aclarar posiciones es necesario observar que la expresión subrogación real se ha aplicado a fenómenos que ofrecen cierta semejanza en sus resultados, pero que en su esencia y en su causa no deben confundirse. Así tenemos:

*Primera figura.*—*La aparente subrogación, que no es tal, sino fruto de la determinación sub specie universitatem*, que, a su vez, puede derivar intrínsecamente de la productividad orgánica de los elementos que ya componían el conjunto, o bien extrínsecamente de la agregación de nuevos elementos equivalentes o no a los antiguos que fueron separados de aquél (101).

(97) Comentario a la ley «ubi adhuc», núm. 280. Cod. de *iur. dot.*, según cita de MERLINO (op. cit., II-I, Quest. XLIV (núm. 27, pág. 141).

(98) Quaest. cit., núm. 27, pág. 141.

(99) Disc. cit., núm. 4, pág. 64.

(100) «Scritti...», vol. cit., pág. 381.

(101) MODESTINO (Dig. XX-I, 26, § 2.º), en un supuesto de pignoración de un predio con sus esclavos, que fallecidos fueron sustituidos por otros por los herederos del deudor, resolvió que si estos nuevos esclavos no fueron pignorados,

Seguramente se habló en estos casos de subrogación en virtud de un error de perspectiva. Considerada la regla «*subrogatum sapit naturam subrogati*» (102) y resultando que los nuevos elementos incorporados a una universalidad, en cuanto son considerados *sub specie universitatis*, ocupan la misma posición jurídica que los anteriormente separados (así la nueva oveja queda comprendida en el usufructo del rebaño, las nuevas mercancías en la hipoteca de la *taberna*, etc.), se concluye que hay subrogación de estos por aquéllos. Es decir, tal apreciación tiene como falsa premisa la afirmación de que a iguales efectos corresponde una misma causa.

Esos iguales efectos, sin duda pueden derivar de causas distintas, como en nuestro hipótesis, son: la consideración *sub specie universitatis* de los elementos variables de un conjunto, y la *subrogación real*, inmediata o mediata, de unos elementos por otros.

*Segunda figura.—La subrogación de cosa por precio y de precio por cosa, cuando el precio no esté concretamente representado por dinero individualizado* (v. gr., por su consignación o su depósito) *ni por el crédito correspondiente a su aplazamiento*. Se trata, por tanto, de una subrogación, dentro de una masa patrimonial, de una cosa por el valor por el cual fué enajenada, o de este valor por la cosa adquirida con su aplicación (103). Valor que, en su

---

ni nacieron de las esclavas pignoradas, no estaban en manera alguna obligados a los acreedores».

(102) El brocado «*Subrogatum sapit naturam subrogati*» también ha sido duramente criticado por la doctrina moderna; CAPITANT (*Essai sur la subrogation réel*, en «Rev. Trim. de Droit. Civil», 1919, vol. XVIII, pág. 393) entiende que no describe en forma exacta el efecto de la subrogación, que no consiste en transportar una cualidad de un bien a otro, ni atribuye al nuevo bien la naturaleza del anterior, sino que sustituye en la posición jurídica del antiguo al subrogado. Según BONNECASE (*Elementos de Derecho Civil*, vol. III, Trad. del Lic. José M. CAJICA, jr.—México, 1946—, núms. 22 y 23, págs. 24 y s.), esta regla sólo ha engendrado confusiones, a través de la distinción entre cualidades intrínsecas y extrínsecas, y presenta de modo inexacto, por lo menos etimológicamente, los efectos de la subrogación real.

En realidad, no hay lugar a tales confusiones, si se quiere entender el brocado en su recto sentido. Como dice BARBERO (op. cit., núm. 29, páginas 119 y s.), es demasiado evidente que la subrogación no atribuye a un nuevo bien la naturaleza del anterior. Si de la herencia se vende un campo, afirmando la subrogación del precio, no se quiere decir que éste se transforme en campo, que *sapit naturam fundi* (!). No es entre las dos cosas que se produce un cambio de calidad. Pero se puede perfectamente decir que, como el campo, en cuanto formaba parte de la herencia, participaba—en cierto sentido, rectamente entendido—*naturam hereditatis*, entrando el precio a formar parte de ella, será éste el que vendrá a *sapere* de la misma naturaleza, no de campo, sino de *hereditas*; viene a ser, como ya lo era aquél, una *res hereditaria*. En este terreno, el adagio no da realmente lugar a escándalo y ni repugna a la más estrecha ortodoxia filosófica.

(103) Esta subrogación de precio por cosa frecuentemente requería una declaración en este sentido o alguna conjectura favorable: la presencia y el consentimiento de la mujer, en la dote; en los fideicomisos, la ausencia de

dia, si no ha sido aplicado a una adquisición, se transformará en un crédito al cesar la momentánea conjunción de los dos patrimonios (v. gr., los del ausente y de su representante) o de las dos masas patrimoniales (v. gr., bienes del marido, dote y gananciales; bienes fideicometidos y bienes libres del heredero gravado).

La clásica fórmula «in universalibus, pretium succedit loco rei et rei in loco pretii», contemplaba ese concepto de la subrogación que, evidentemente, sólo tiene cabida en el seno de las *universitas iuris*, y nada más que en ciertas condiciones en las catalogadas de *universitas mixtas*.

La afirmación de Capitant (104) de que hoy debiera decirse que: «in judicibus universalibus vel singularibus, praetium succedit loco rei», olvida que la concepción clásica partió de ese concepto amplio de la subrogación, que él limita al referirlo al crédito por el precio, al precio debido. Es decir, a la subrogación de la cosa por el crédito para reclamar su precio adeudado o a la indemnización debida.

Igual ocurre con el aserto de Bonnecasse (105). Pero este autor además confunde sea subrogación amplia, o de valor, con la fungibilidad de los elementos componentes del patrimonio. Olvidando que ese valor, correspondiente a un precio que se cobró, pero que tal vez luego fué empleado, gastado o se perdió, únicamente podrá cristalizar como crédito de una masa patrimonial, respecto a otra, es decir, como elemento de aquella, en el instante de su separación y tan sólo a través de la liquidación correspondiente resulta subsistente. Antes hay un valor contabilizado en el haber de un patrimonio o de una masa patrimonial, pero jurídicamente no puede decirse que haya nacido crédito alguno, sin perjuicio de que, en ciertos casos, pueda exigirse la constitución de hipoteca para garantizar la devolución, en su día, de ese valor si llega a cristalizar como crédito en la liquidación.

Por otra parte, como con gran sentido de la realidad jurídica ha observado Roca Sastre (106) «tratándose de patrimonios gene-

conjunta en contrario; la disposición del testador, etc. (Ver MERLINO op. cit., Lib. II, tit. I, Quaest LII, núms. 19 a 42, págs. 56 y ss.; y DE LUCA, Disp. cit., núms. 35 a 44, págs. 66 y sig.)

(104) *Esoi sur la subrogation reel*, en «Rev. Trim. de Droit Civil», vol. cit., págs. 385 y ss.

(105) JULIEN BONNECASE: *Elementos de Derecho Civil*, vol. III, Trad. del Lic. José M. CAJICA, jr. (Méjico, 1946), núm. 31, c), pág. 29: «Si en lugar del bien desaparecido, su propietario obtuvo una suma de dinero, que se funde en el conjunto de los bienes fungibles, es evidente que no puede tratarse de subrogación real, a reserva de la antigua subrogación general, que ningún interés presenta para nosotros. De otra manera sucede mientras el crédito por el precio o el derecho a la indemnización existan en contra del deudor; en este caso se trata, por no haberse efectuado el pago, de un verdadero bien, individualizado, representado por un derecho de crédito contra una persona determinada.»

(106) RAMÓN M. ROCA SASTRE: *La subrogación real*, en «Rev. Dr. Priv.», volumen XXXIII (abril, 1949), pág. 287.

rales de las personas, el juego de la subrogación, de tan natural que es, se sobreentiende, de modo que casi huebla hablar de él. Pero esto no quiere decir que deje de actuar la subrogación real confluendo con la fungibilidad... ésta es más extensa que aquélla, pues actúa incluso sobre elementos no derivados de un cambio o equivalencia, pero esto sólo demuestra que son dos figuras con campo diferente».

*Tercera figura.—La subrogación real, en sentido restringido*, como lo entiende Bonnecase (107) de cosa por cosa, denominando así no sólo a las cosas materiales, sino también a los créditos. En este sentido la subrogación real comprende también la sustitución de una cosa por el crédito para cobrar su precio debido o la indemnización correspondiente por razón de la pérdida, deterioro o expropiación de la cosa, en tanto no hayan sido pagados. Igualmente comprende, en su caso, la subrogación de una cosa en lugar del dinero con que se satisfizo su importe con tal de que este se hallare perfectamente identificado.

10. Las reglas clásicas de la subrogación (108), han sido duramente criticadas por un amplio sector de la doctrina moderna, en especial por los autores franceses. Pero, además de partir de las inexactitudes antes indicadas, indudablemente la crítica ha pecado de excesiva por basarse en una interpretación absoluta y rotunda de ellas que jamás se llegó a dar en Derecho común.

Nos explican Fadda y Bensa (109) que en la glosa de *Acursio* la regla *pretium succedit loco rei* se limitó a la «*petitione hereditatis*», pero que ya Bartolo formuló netamente la distinción entre *iudicia universalia et particularia*.

Esta narración no es del todo exacta. Así ha demostrado Barbero (110), con absoluta precisión sólidamente documentada, que Bartolo realizó una doble formulación.

La primera de ámbito procesal, relativa al *iudicium universale*

(107) Op. y vol. cits., 30 y 31 (págs. 28 y ss.). Su definición es: «La subrogación real es una institución jurídica esencialmente relativa a un patrimonio, considerado en un momento dado de su existencia, en sus elementos concretos e individualizados; su función consiste, en los casos de enajenación o de pérdida de uno de estos elementos, en trasladar, salvo intereses de tercero, de pleno derecho o en virtud de la voluntad de los interesados, sobre el bien individualizado adquirido en sustitución, los derechos que gravaban al bien que dejó de formar parte del patrimonio». De esta definición interesa subrayar su limitación a *elementos concretos e individualizados*, con lo que se excluye el valor correspondiente al precio ya cobrado por ventas anteriores de otros bienes concretos e individualizados, y al *bien individualizado adquirido en sustitución* de dicho precio ya cobrado, con lo que excluye igualmente el precio una vez que como dinero se confunda en el conjunto de bienes.

(108) «In universalibus, pretium succedit loco rei et res loco praetii.» «In singularibus pretium non succedit loco rei nec res loco pretii.» «Subrogatum sapit natura subrogati» (respecto este último, ver nota 99).

(109) Op. y vol. cits., letra (b), núm. 51, pág. 68.

(110) Op. cits., núm. 29, págs. 129 y ss.

(que no era un juicio establecido para la *universitas iuris*, sino que exclusivamente correspondía a la *hereditatis petitio*), y que la doctrina moderna falsea, al criticarla, sustituyendo *judicium universale* por *universitas iuris* (111).

Otra de derecho sustantivo: «In universalibus praetium succedit loco rei, secus in particularibus». Sobre esta segunda regla, entiende Barbero (112) que también la crítica moderna ha sido excesivamente fácil, demasiado ligera, porque generalizó una norma ocasional o causal, a la que el propio Bartolo señaló limitaciones que al criticarla se ha olvidado.

Es lo exacto que, aún entre los autores de Derecho común relativamente más modernos, como el Cardenal de Luca (113), que recogen la doctrina de los Doctores, son planteadas una serie de distinciones y subdistinciones. Así habla el Cardenal de la subrogationes «*unius rei loco alterius*», «*rei loco pretii*» y «*pretii loco rei*» y dentro de cada una, de la *inmediata*—que en la primera especie pudo ser «*inmediata et coequalis*» o «*inmediata sed consecutiva*» (114)—y la mediata (115). Y, sin contentarse con estas subdistinciones, seguía distinguiendo varios supuestos según se operara en *corpore universalis* (116) o *rebus particularibus* (117), o se tratase de *causam universalem vel particularem*—observando que la primera, «*communiter recepta est in ea universitate, quae consideratur in haereditate*», «*non tamen procedit in omni alia universitate*».

(111) Como explica BARBERO (págs. 114 y ss.): En la *rei vindicatio* el precio de la cosa no es objeto directo e inmediato de la *petitio*. En la *hereditatis petitio*, el precio de la cosa vendida es objeto directo e inmediato de la *petitio*. El precio que en la *rei vindicatio* se obtiene por *litis aestimationem*, representa efectivamente el valor pecuniario de la cosa, según la tasación pericial que se determina en el juicio. El precio de la *res hereditaria* está ya *determinado, antes de que se inscie el juicio*; ya que no representa el equivalente actual de la cosa vendida, sino el *id quod ea re perceperit*: o sea el precio en concreto obtenido de la enajenación verificada.

(112) Op. cit., núm. 30, págs. 123 y ss., y núm. 28, pág. 110.

(113) Op. cit., Disc. XXXV, núms. 25 y ss., págs. 66 y ss.

(114) Núm. 25. «*Primo... ubi subrogatio est immediata, et coaequalis, seu contemporanea, puta quia una res cum altera adhuc estante permutetur. Secundo ubi sit etiam immediata, sed consecutiva, vel suppletiva ipsius re defecatae, ac amplius non extantis, qualis est ea subrogatio, quae in grege fiat novorum capitum in locum fenescentium, vel deficientium, ex eorundem fabribus.*

(115) «*Et tertio ubi sit mediata, quia nempe ex pretio antiquarum rerum aliae novae comparentur, ac subrogentur, qualis est ea, quae fit in mercibus in taberna existentibus, quod scilicet venduntur merces ut poté non conservabiles, et ex pecunia exinde retracta aliae conuntur ut supra, istaque mediata subrogatio intrat etiam in stabilibus, et aliis bonis, quod istis venditis ex eorum pretio alia emantur.*

(116) Núm. 28: admite la «*specie subrogationis rei loco alterius rei, quae sit etiam immediata, sed consecutiva, vel suppletiva...* «*ubi enim agitur de corpore universalis puta grege, vel armento in quo dicta immediata subrogatio sit practicabilis, tunc recte intrat subrogatio, cum corpus dicatur semper unum, et idem.*

(117) Ver núms. 26, 29.

versitatae" (118)—y examinó, en ciertos supuestos, si existía o no *juxta eam subrogandi obligationem, voluntate expresa subrogandi, juris dispositione, vel præsumptione, præceptum testatoris*, etcétera (119).

Claro que De Luca empleaba el término subrogación en su más amplia acepción jurídica, comprendiendo incluso la producción orgánica en las *universitas facti* animadas, v. gr., *grege vel armamento* (120). Más lo cierto es que afirmó la imposibilidad de señalar una regla uniforme para todos los casos (121).

No se puede, pues, condenar al pasado sin un exacto conocimiento del mismo.

Barbero (122), que tal vez con excesiva generalidad, fundamenta la subrogación real en el campo de la *universitas*, quiere explicar en el terreno del derecho sustantivo la regla «*in universalibus prætium succedit loco rei*» como un aspecto particular de la sucesión de cosa por cosa. Ese principio «*res loco rei*», lo estima aplicable a todas las universalidades, *iuris* o *facti*, sin otras limitaciones que las derivadas: a) de la misma ley; b) de la naturaleza más o menos elástica del conjunto. Así considera que en la *universitas facti* el ámbito de la subrogación depende de la *sustituibilidad* de sus elementos, que variará según la clase de conjunto de que se trate—v. gr., en un rebaño de ovejas, sólo es sustituible oveja por oveja—. Mientras en la *universitas iuris* basta la noción, más amplia, de *permutable* (123) y en ella su aplicación máxima es la regla «*in universalibus prætium succedit in locum rei et res in lo-*

(118) Núm. 56, pág. 68.

(119) Núms. 31, 38 y 39 (págs. 66 y 67).

(120) Núm. 14 (pág. 65): «*quamvis agatur de illa subrogatione magis proxima, et inmediata, quae resultant in grege, vel armamento, ex foetibus scilicet eorumdem animalium, quoniam fructus...*».

(121) Núm. 24 (pág. 66): «*dicit pro omnibus casibus certa determinatio uniformis dari non valeat, eum revera sit ista quaestio facti, potius, quam iuris, ex singulorum casuum particulari qualitate decidenda, adeo ut tota vis consistere videatur in diversae theoricae respectivæ verae congrua applicatione ad casum*».

(122) Op. cit., núm. 30, págs. 120 y ss.

(123) BARBERO (op. cit., núm. 46, págs. 168 y ss.) distingue los conceptos de *fungibilidad*, *sustituibilidad* y *commutabilidad* o *permutable*. Fungibles son las cosas que son consideradas: *pondere, numero et mensura*. La *sustituibilidad* comprende también la fungibilidad, pero es noción más amplia, pues prescinde de toda identidad o semejanza: sustituir quiere decir tanto colocar una cosa en lugar de otra, sin importar que sea igual o diversa, sin otro límite que el *impuesto por la función* de la cosa. La *commutabilidad*, o *permutable* es aún más amplia, ya que prescinde también de la función de la cosa y sólo exige que se coloque una cosa en lugar de otra.

Para la subrogación, cree que la fungibilidad *no es necesaria*, sin excluir que sea posible. En las *universitas facti* basta la *sustituibilidad*, que es más o menos elástica, según la composición homogénea o heterogénea del conjunto. En la *universitas iuris*, tratándose de un agregado puramente ideal, al que no se asigna una función de orden material, «*los confines de la irrelevancia de la individualidad de los elementos singulares respecto a la individualidad del todo*», se alargan hasta el límite extremo de la noción de *permutable*.

*cum pretio*». El precio de una oveja no puede formar parte del *rebaño*, pero si de una herencia, de una dote, de un patrimonio agrario, etc.

Pero esta tesis confunde las dos últimas categorías, que antes hemos referido, y que verdaderamente lo son de subrogación, con la primera que depende de un principio distinto. La diferencia práctica entre ésta y aquéllas, lo comprobaremos luego claramente al aplicarlas a la *tabernam*.

11. A juicio nuestro, con referencia a la *tabernam*, conviene separar con todo cuidado: a) de una parte, la determinación de las mercancías gravadas, *sub specie universitatem*, en cuya virtud sólo se atiende a este dato, eso es a que se hallen en la tienda o en el almacén; b) de otra, la *subrogatio*—propiamente dicha—*res loco alterius*, sea inmediata, a través de la permuta, o mediata, «*quod scilicet ex pretio antiquarum mercium distractarum novae marces emantur*» (cuando, a saber, con el precio de las mercancías anteriormente vendidas se compran nuevas mercancías).

La distinción tiene importancia. En el primer sistema todas las mercancías que están en la tienda, o en el almacén, y pertenecen al titular del conjunto, se entenderán comprendidas en la hipoteca aun cuando su valor llegue a exceder notablemente del correspondiente a las inicialmente hipotecadas. Por tanto, incluso las compradas con nuevos capitales invertidos posteriormente en el negocio quedarán comprendidas en la hipoteca.

En cambio, según el criterio estricto de la subrogación real, el resultado sería distinto. Tomado en su acepción más restringida, sólo quedarían subrogadas en lugar de las vendidas las mercancías compradas, precisamente con el precio de aquéllas. Con el concepto más comprensivo, se alcanzaría la subrogación mediata de una cosa por otra, con tal de emplear para la adquisición de ésta un valor equivalente al precio de aquélla, aunque no fuese probada la identidad física del dinero que se recibió, como precio de la venta de las antiguas, y el que se entregó, como precio de la compra de las nuevas, demostración casi imposible dada la fungibilidad del dinero.

Notemos que este hecho fué subrayado por De Lucas (124).

No le ofreció duda la subrogación de las nuevas mercancías en lugar de las antiguas mientras el deudor siguiese siendo dueño del conjunto (¿ Criterio, en este caso, de la determinación *sub specie universitatem*? Claro que Merlino (125) la explica simplemente a través de una tácita convención «*quia intellegitur facta subrogatio loco distractarum ex tacito pacto*»).

También admitía el Cardenal (126) la subrogación verificada por el heredero «*quia intrat ratio causae universalis, ob quam dici*

(124) Núms. 12 y ss. (pág. 65).

(125) Op. cit., *Quaest. L.I.*, núm. 15 (pág. 155).

(126) *Disc.* y pág. cits., núm. 13.

potest, uno pretium succedit loco rei, vel res loco pretii». Es decir, a través de la subrogación en poder del heredero—o sea, en el campo de la *hereditas*— de la cosa por su precio (127) (concretamente por un valor equivalente al de su precio) y de éste por la cosa con él comprada. Así ésta quedaba mediamente subrogada en lugar de aquélla (criterio de la subrogación real en sentido amplio).

En cambio, tratándose de un tercer poseedor a título singular, traslativo del dominio, no acepta más subrogación que la denominada por el *proxima et inmediata* y, aun restrictivamente sólo cuando el nacimiento, o por lo menos la concepción, del fruto, o del feto, hubiere tenido lugar en tiempo «quo ipsa res, seu causa productiva erat in dominio creditoris, secus autem postquam ex illo exivit» (128) (subrogación real en sentido restringido).

En el caso contrario y, más aún, en la que llama «mediata magis que remota subrogatione» (129) rechaza su aplicación cuando poseyere la taberna un tercer poseedor. Razones: a) «quod actus sequiatur postquam res desit esse de dominio debitoris»; b) «quod in particularibus non datur haec subrogatio, nisi ubi utrumque extreum subsidii, et causae lucratiae in poseessore concurrat», y c) «sed fortius ob impossibilem probationem indentitatis». Porque—explica—cuando el tercer poseedor de la taberna ha vendido las mercancías «*minutatim*» y recibe su precio, éste se mezcla y confunde en su propio patrimonio, y en consecuencia cuando adquiere nuevas mercancías, éstas se entienden compradas con su propio dinero, ya aquél fué confundido en el patrimonio

(127) GOTHOFREDO (op. y vol. cits., glosa 52, pág. 399, a la palabra *ea*, de la ley *Cum tabernam*) ya observó: «*Tabernam* qui pignorat, ipsas etiam merces pignorat: Mortuus debitor num in merces, quas vivus vendidit, creditor jure pignoris agere potest non potest *ut hic*. At forte ad earum pretium aget? Quidam ita putant, quod in universitate pretium succedit loco rei, l. 70, *in fin.* *inf. de legat 2*». Y en su glosa a la ley 71, Dig. XXXI, único (volumen cit., pág. 584, núm. 50), De legat., II, aclara: «Succedit ita res in locum pretii contra l. 25, § 1, *supra de her. petit*. In universalibus pretium succedit loco rei, vide quae notavi ad l. 34 *supr. de pignorat*. La cosa queda, pues, clara; la subrogación *pretii loco rei*, en la *taberna*, se aplica en cuanto al precio de las mercancías vendidas por el causante y no repuestas por éste. Se aplica, por tanto, únicamente a la *tabernam* en cuanto forme parte de la *hereditas*. En cuanto al importe de dicho precio, la preferencia del acreedor hipotecario frente a los otros acreedores que no le sean preferentes se mantiene como si estuviese invertido en mercancías llevadas a la tienda.

En cambio, MERLINO (Lib. cit., Quaest. XLIV, núm. 34, pág. 141) parece generalizar a la taberna la regla *in universalibus pretium succedit loco rei*. También IBÁÑEZ DE FARÍA (loc. cit., núm. 16)—que cita a MERLINO, NEGUSSANTE, RIPO y otros autores—proclama: «*pretium redactum ex mercibus obligatis dum in bonis fuerit debitoris, in eandem incidere obligationem...* Quia in universalibus, ut sunt merces, pretium succedit loco rei».

(128) Núms. 14 y 15, pág. 65. MERLINO, op., libr. y tit. cits., Quaest. LIII, núms. 48, 49 y 50, pág. 157, deja como dudosa la cuestión de si se entienden hipotecados el parto de la esclava y el feto de la oveja concebidos estando las madres en poder de un tercer poseedor.

(129) Disc. cit., núms. 15 y 16 (pág. 65).

restante, de modo que resulta imposible probar la identidad de aquel dinero que con aquellas mercancías fué obtenido (130).

Claro que la tesis del Cardenal veneciano parte de un supuesto que escapa a la letra de la ley *Cum tabernam*, ya que ésta presupone la extinción y *congelación* de la hipoteca a la muerte del deudor. De Luca piensa incluso en una transmisión en bloque del conjunto, no sólo autorizada, sino promovida por los acreedores (131). Pero olvida que, en este caso, la enajenación en bloque de las mercancías, comprendidas en el conjunto en el momento de su traspaso, significa la sumisión del tercer adquirente a título singular del conjunto a la determinación de las mercancías hipotecadas que resulten en su día *sub specie universitatem*. Es decir, produce su asunción de la posición jurídica del deudor como titular de las mercancías comprendidas en el conjunto. Otra cosa sería si, con intervención del acreedor o con las debidas garantías, fuesen individualizadas las mercancías existentes al vencimiento del crédito, sea que este hubiese ocurrido por fallecimiento del deudor o por otra causa.

Tal vez, en aquel criterio, aceptado por De Luca, influyera decisivamente la circunstancia de jugar los intereses de dos grupos de acreedores sobre distintas masas de bienes ya desde antes de la fusión de éstas. Y también la clara percepción de que el adquirente que invierta bienes privativos en comprar mercancías para llevarlas a la tienda hipotecada, podría perjudicar a sus anteriores acreedores. Pero de estos problemas teológicos, que plantea la determinación y límite de la preferencia en este tipo de hipotecas, nos ocuparemos en la segunda parte de este trabajo.

12. Lo que aquí nos interesa es subrayar los términos del inciso de la ley *Cum tabernam*, en el que Scaevola responde: «*ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur*». Según este tenor, las mercancías hipotecadas se determinan por el hecho de hallarse en la tienda en el día

(130) Insistiendo en la última razón, «*ita impossibile erat verificare identitatem ad effectum subrogationem cum incertum esset an merces de presente in taberna extantes, essent emptae potius ex pretio antiquarum mercium propriarum, quam aliarum emptarum*», añade (núm. 20): «*Ac etiam quia huiusmodi mercatores, alia quoque negotia solent explicare, etiam cambiarum per literas; sive non habentes promptam pecuniam provenientem ex ipsius mercibus venditis (cum frequentius, ac pro majori parti vendi soleat pecunia credita), accipiunt pecunias ad cambium, sive aliis eorum effectibus utuntur pro oportuniis emptionibus novarum mercium in nundinis, ac emporiis, vel portibus, ideoque impossibilis est justificatio identitatis, quamvis de iure intraret subrogatio*».

(131) Núm. 18 (pág. 65). Y, en este caso, plantea el supuesto de fusión de las mercancías de la universalidad adquirida con las de otra que el comprador venía explotando antes de la compra. Su solución fué ésta: «*dum idem emptor erat possessor alterius negotii majoris, atque cum eo istud confederat, unde propterea, haec universitas in contractum deducta, omnino evanuerat, atque suppressa erat, ad instar rivuli intrantis in flumen, vel fluminis intrantis in mare*».

del vencimiento de la hipoteca ; es decir, a través de su concreción *sub specie universitatis*. En cambio, no hay dato alguno en dicha respuesta que permita deducir como requisito que estas mercancías se hayan comprado con el precio de las antiguas. Tampoco lo hallamos en su planteamiento, que sólo alude a «*si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, eas que in eam tabernam intulerit*» y a que «*mercium species mutatae sint, et res aliae illatae*».

Ninguna de esas expresiones induce la necesidad del juego subrogatorio, mediato o inmediato, para que las nuevas mercancías se entiendan hipotecadas. Basta con que el deudor las hubiera comprado (*alias comparaverit*) e introducido en la tienda (*eas que in eam tabernam intulerit*) y a que se hallen en ella al tiempo de hacerse efectiva la hipoteca (*quae moris tempore debitoris in taberna inventa sunt*).

Según la Ley española de 5 diciembre 1941, en el art. 1.865 bis de nuestro Código civil, la prenda sin desplazamiento de un conjunto de cosas de calidad determinada y en cantidad variable, requiere la fijación de unos límites previamente pactados. El inciso segundo, de su primer párrafo, dispone que las cosas pignoradas que se enajenen «serán sustituídas por otras de igual calidad y en cantidad y valor equivalentes».

Notemos que tampoco este precepto alude a la compra de las nuevas mercancías con el precio de las anteriormente vendidas. Tal vez por la imposibilidad de la prueba, que, sin embargo, podría ser sustituída, en cierto modo, por una presunción de inversión. Lo cierto es que sólo impone una obligación de sustituir los bienes que se enajenen por otros, que paradójicamente se exige sean «de igual calidad y, en cantidad y valor equivalente» (132).

En cambio, el art. 1.865 bis, se aparta de la ley «*Cum tabernam*» en cuanto en nuestro precepto la pignoración sin desplazamiento del conjunto requiere «la fijación de unos límites previamente pactados». Es decir, las mercancías pignoradas son determinadas *sub specie universitatis*, pero dentro de un límite máximo. No siempre se comprende, pues, en la prenda la totalidad de los componentes del conjunto. En cuanto las mercancías allí existentes excedan de este tope, las remanentes no sufren el gravamen. Circunstancia de gran interés con referencia a los terceros poseedores del conjunto y también para los acreedores meramente escriturarios y quirografarios del titular de los bienes pignorados.

Wölf (133) opina que es indudable que el pignorante y el acreedor pueden «haber convenido la constitución del derecho de prenda sobre las nuevas cosas que vengan al almacén y, en la duda,

(132) Las variaciones de valor de las mercancías y de las materias primas exigen que se opte—dentro de la misma calidad—por el criterio de la igualdad de valor o por el criterio de igualdad de cantidad. Seguirlos a la vez supone exigir un contrasentido cuando los precios hayan variado.

(133) Op. y vol. cits., § 161, IV, 2, pág. 401.

tal acuerdo subsistirá aun en el momento de adquirirse la posesión». Pero, añade que «es indiscutible que si, en este momento, el pignorante se opusiera al nacimiento del nuevo derecho de prenda, si bien cometería una infracción de la promesa obligatoria de pignoración, no nacería un derecho de prenda». En cambio, sus anotadores (134) no ven un obstáculo tan insuperable. A juicio de estos: «Acaso pudiera entenderse el acuerdo no como un acuerdo meramente obligatorio, sino como un acuerdo real, cuya eficacia dependerá solamente de la ulterior entrada de las nuevas cosas en el conjunto».

Angel Sanz (135), interpreta de este tenor el art. 1.865 bis, concretándolo en estas dos reglas: «1.º, el deudor queda obligado a comprar nuevos bienes que sustituyan a los enajenados; el incumplimiento de esta obligación produce (*de acuerdo con el § 3.º del precepto*) o la suspensión de las ventas, si la falta de adquisición de nuevos objetos no es imputable al deudor, o el vencimiento del crédito y la venta de la garantía en caso contrario; 2.º, adquiridas las cosas por el deudor, la subrogación se opera *«ipso iure»* por efecto directo de la prenda, sin necesidad de nuevo consentimiento del deudor».

A juicio nuestro, el artículo 1.865 bis impone únicamente una obligación de mantener el volumen y el valor, en la misma calidad de los objetos componentes del conjunto pignorado, sustituyendo al efecto los bienes enajenados, de modo que el conjunto mantenga su calidad, así como la cantidad y el valor fijados como mínimos. El texto no excusa el cumplimiento de esa obligación por razón de que el deudor no llegue a cobrar el precio de los objetos enajenados, ni requiere que los adquiridos para reponer el conjunto se compren con el precio de los vendidos. Hay una obligación de reponer, pero técnicamente la afección del gravamen no se produce por el fenómeno jurídico de la subrogación real, sino a través de la determinación *sub specie universitatis* del objeto de la prenda. Determinación de la cual—a diferencia que en la ley *Cum tabernam*—puede resultar un remanente libre de afección, en cuanto el conjunto rebase el límite previamente pactado.

Entendemos que en el artículo 1.865 bis sólo puede aludirse a la subrogación en un sentido puramente gramatical—sustituir o poner una cosa en el lugar de otra—, pero no en su significado técnico jurídico. Ni *stricto sensu*, ya que salvo supuestos excepcionales es imposible por la fungibilidad del dinero; ni *lato sensu*, porque la obligación de sustituir es independiente del efectivo cobro del precio de las mercancías enajenadas. Verificada la sustitución, la afección del gravamen alcanza a las nuevas mercancías

(134) Vol. ulti. cit., pág. 403.

(135) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *La prenda sin desplazamiento*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 6 marzo 1944. Ver *Anales...*, vcl. II, pág. 180.

con independencia de que el valor de las antiguas se hubiese perdido entre las partidas fallidas.

En la ley *Cum tabernam*, ni siquiera en aquella acepción meramente gramatical, se puede hablar siempre de subrogación. Por lo menos en cuanto a los bienes que se llevan a la *tabernam* y que aumenten su volumen inicial, sin suponer, por tanto, su sustitución, pero que quedan igualmente afectados si «*mortis temporis debitoris in taberna inventa sunt*».

C) *Hipoteca de cosas futuras.*

13. Si la hipoteca de las mercancías «*quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt*» no logra explicarse por el fenómeno jurídico de la subrogación real, ni por la pretendida realidad ontológica de la *universitas*, habrá que examinar si esta figura presupone la posibilidad—más o menos restringida a ciertos supuestos—de la hipoteca de cosa futura.

Ahora bien: ¿deben entenderse sucesivamente hipotecadas y liberadas todas las mercancías llevadas a la *tabernam*, a medida que, respectivamente, entren y salgan de la misma?; o, por el contrario, ¿sólo se entenderán hipotecadas aquellas «*quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt*»?

Antes de contestar a estas preguntas, debemos resolver un problema de exégesis del texto que estudiamos. ¿Qué sentido tiene su referencia al tiempo de la muerte del deudor?

Merlino (136) nos dice que con la muerte del deudor «*cessat prilegium taberna et commercii, cum per obitum favor mercatura extintus dicantur*».

Explica Rotondi (137) que Scaevola «decidió un caso singular, y en el supuesto del hecho en examen quería determinarse el contenido de la prenda precisamente a la muerte del deudor (...*et decesserit*); pero si la respuesta está circunscrita, como requería la demanda, al caso concreto, esto no quita que el criterio aplicado sea más general, esto es, aquel por el cual la garantía se debe extender sobre todos aquellos elementos que entren a constituir la *universitas*). «Por tanto—concluye—, no es que la decisión de Scaevola quiera excluir que después de la muerte del deudor esta sustitución de elementos no sea posible cuando las nuevas mercancías sustituyan, según el ritmo normal de la empresa, a aquellas enajenadas.»

Varios siglos antes que los mercantilistas clásicos, Stracca y Casaregis—citados por Rotondi (138), en apoyo de su tesis—, ya Bartolo, desarrollando la glosa de Acurcio, señaló una excepción.

(136) Disc. XLV, cit., núm. 56, pág. 141.

(137) Loc. cit., págs. 796 y s.

(138) STRACCA: *De mercatura*, Tit. «*Mendatis*», 2, núms. 6 y 7, y CASAREGIS: *Discursus legales de commercii et mercatura*. Disc. CCXVI (ROTONDI, loc. cit., pág. 797).

A la antepenúltima y la penúltima palabras del proemio de la ley *Cum tabernam*—«obligata esse»—había glosado Acursio (139): «Aliud est si haeres, post mortem debitoris alias merces intulisset», citando en apoyo de su afirmación los textos 29 pr. y 26, § 2.º del mismo título (140).

Bartolo (141) explicó: «et ita universitas videtur durare eadem-donec vivuit dominus: ut hic mutatio enim quae postea fieret ibi per haeredem non caderet in obligationem, ut hic dicit textus cum gl. quod est notandum. Quod tamen intillige, nisi fuerat aliquid causa explicandi negotium coeptum a defuncto».

Merlino (142) también señala esa excepción: «Limita tamen si debitoris haeres comparasset merces explendo negotium a defuncto debitore inceptum.» E, igualmente, opinó nuestro compatriota Ibáñez de Faria (143) en sus adiciones a Covarrubias.

En su consecuencia, hay que estimar que en el supuesto concreto dictaminado por Scaevara, la muerte del deudor actuaba como causa de vencimiento. Por la cual la afirmación «pignori obligata esse videtur» que en el texto se refiere a «ea (por las mercancías) quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt», debe aplicarse en términos generales a las existentes al tiempo del vencimiento, cualquiera que sea la causa de este, o al ulterior momento del ejercicio de la acción por el acreedor.

14. Hecha esta aclaración volvemos a la cuestión antes formulada: ¿hay una continua mutación de las mercancías hipotecadas, a medida que entran y salen de la tienda, o bien sólo se puede hablar de mercancías hipotecadas en el momento del vencimiento de la hipoteca, o únicamente cuando se ejercite la acción hipotecaria?

Si bien en el planteamiento de la ley *Cum tabernam* Scaevara pregunta si el deudor obligó—«obligasse videatur»—las mercancías que había en la taberna—«quae in ea erant»—, en su respuesta da por solución que están obligadas en prenda—«pignori obligata esse videntur»—las cosas «que se hallaren en la tienda al tiempo de la

(139) Op. y vol. cits., pág. 1300, nota n), a las palabras *obligata esse* de la ley *Cum tabernam*.

(140) Dig. XX-I, 29 pr. «Paulus respondit, generalem quidem conventionem sufficere ad obligationem pignorum, sed ea, quae ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab herede eius ex alia causa acquisita sunt, vindicari non posse a creditore testatoris». Dig. XX-I, 26, § 1.º, inciso final: «Modestinus respondit, si neque pignorata sunt ipsa mancipia, neque ex pignoratis ancillis nata, minime creditoribus obligata esse».

(141) Glosa, op. vol. y fol. cits.

(142) Lib. y tit. cits., Quaest. XLV, núms. 64 a 67 (pág. 143).

(143) Op. y loc. cits., núm. 17, a la regla general—*praefatam mercium subrogationem quoad hypothecam, locum dumtaxat habere in emptis ab ipso debitore, qui contraxit, non ab ipsius haerede, qui quamvis merces comparet, hypothecae minimè subjetinatur*—señala esta excepción: «Quod limitatur, cum haeres explendo negotium a defuncto coeptum, merces comparat; nam et haec venient in obligatione a testatore contracta, sicut caetarae quas ipse reliquit».

muerte del deudor». Nada se dice, pues, de si las mercancías anteriores se entendieron hipotecadas, aunque hay que reconocer que la cuestión tampoco fué planteada.

Bartolo (144), después de indicar que con el nombre *tabernae* «venit universitas mercantiae, quae ibi exercetur», añade: «et ideo cadit en obligationem, quae tempore quo agitur».

Varios siglos después, en sus glosas, Gothofredo (145) declara, en cambio, con absoluta amplitud, que se entendían hipotecadas las mercancías de la tienda presentes y futuras, ora las de nuevo compradas, ora las sustituidas en lugar de las vendidas y no, en cambio, las que fueron sustituidas.

La cuestión se plantea con esta alternativa: *a*) ¿se entiende que están hipotecadas todas las mercancías que estén en la taberna y las que entren posteriormente en ella, y que se liberan de la hipoteca al ser enajenadas?; *b*) o bien, ¿sólo puede decirse que estén hipotecadas las mercancías existentes al vencimiento de la hipoteca, o bien al ejercitarse la acción?

Fadda y Bensa (146), que admitían—como hemos visto—que el *pignus tabernae* tiene por objeto así la *universitas* como sus elementos singulares, indicaron con respecto a éstos que las expresiones de la ley—«merces, quae in ea erant», «quae ibi deprehenduntur», «quae in tabernae inventa sunt»—«se refieren al estado del negocio en un momento dado, aquel en que se ejercita la acción hipotecaria, la cual, naturalmente, en su práctica extrinsecación, recae o debe recaer sobre objetos concretos, o sea sobre las mercancías existentes cuando se fija el efectivo contenido del negocio».

Sin objetivizar la *universitas*, Chironi (147) entiende la pignoración de la taberna «en el sentido de reducir la prenda a las mercaderías existentes en el negocio cuando se ejercite la acción». A su juicio, la prenda de un conjunto de mercancías «puede ser regulada por la voluntad refiriéndola a aquellas cosas que componen actualmente el conjunto, o bien a aquellas que lo constituirán en el tiempo en que será ejercitado el derecho de seguridad».

En cambio, Scialoja (148) y Ferrara, padre (149), entre otros, aceptaron la contraria opinión.

15. Nuestro criterio viene dado por el concepto de la hipoteca. En otros trabajos (150) hemos creído haber demostrado que la esencia de la hipoteca es la sujeción. La sujeción de un objeto

(144) Glos. cit., vol y pág. cits.

(145) Loc. cit., núm. 49, gl. a las palabras «en tabernae».

(146) Vol. cit., b) núms. 34 y 35, págs. 50 y ss.

(147) CHIRONI: *Trattato dei Privilegi, della Ipoteche e del Pegno* (segunda ed. Torino, 1917), Vol. I, núm. 222, pág. 499.

(148) «Scriti...», vol. cit., pág. 381.

(149) Op. cit., núm. 169, págs. 808 in fine y sig.

(150) Ver: *Hipoteca del Derecho arrendaticio*. Madrid, 1951. Primera parte: Capítulo II, págs. 51 y ss.; e *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento*, en *Revista de Derecho Privado*. Vol. XXXVII, pág. 506 y s. (Junio 1953).

para asegurar el cumplimiento de una obligación. Sin sujeción no hay hipoteca. Como se dice en la Exposición de motivos de nuestra Ley hipotecaria de 1861, «hipoteca que no sigue a la finca—es decir, al objeto hipotecado—cualquiera que sea su poseedor no merece llamarse hipoteca».

Ahora bien, las mercancías de la *taberna* no están sujetas en tanto no se ejercite la acción hipotecaria y, con ella, el acreedor recibe su correspondiente embargo.

Merlino (151), que, respecto a las mercancías, planteó si el acreedor podía ejercitar su derecho sobre las enajenadas, distinguió tres momentos: *ortae hypothecae*, *natae actioni* y *motaे lii*. La discusión, tratándose de la venta de las mercancías *minutum*, la centró en torno a estos momentos. Jacobo de Arena y Baldo aceptaron el *tempus natae actionis*. En cambio, Salyceto fijó el nacimiento de la reipersecutoriedad, respecto las mercancías, *quando actio, et iudicium est mota, vel motum*. Según el mismo Merlino, esta segunda opinión fué también admitida por Bartolo al comentar la ley *Si constante*, ff. solut. matrim. (Dig. XXIV-III, 24 [25]), y, a juicio nuestro, también con referencia a la ley *Cum tabernam*, en su frase últimamente transcrita.

Hoy la reipersecutoriedad sobre las mercancías, incluso después del último momento discutido, tendría que salvar tres obstáculos: el artículo 83 del Código de Comercio, la *negatio actionis* del 464 del Código civil y, finalmente, la dificultad de identificar las mercancías.

Lo cierto es que Merlino (152), al aceptar la segunda opinión, infiere *quod actio hypothecaria respectu mercium habet naturam actionis personalis, cum non sequatur merces, nec datur contra tertium possessorum* (153).

(151) Quaest: XLV; núms. 35, 38, 39, 40 y 50, pág. 141 in fine y 142.

(152) Núm. 41, pág. 142.

(153) La opinión contraria entiende que la autorización para enajenar la cosa hipotecada no modifica la naturaleza de la hipoteca y también pretende explicar por qué el acreedor carece de acción contra los adquirentes de las mercancías. IBÁÑEZ DE FARÍA (op. y loc. cits., núm. 14), refiriéndose precisamente a la falta de acción del acreedor frente a los adquirentes de las mercancías entiende: «Quoniam ipsarum natura alienarum patitur, atque ita videntur contrahentes tacite convenire, ut distrahi revocabiliter possint, ne alioqui commercium impediatur».

Según varios textos del Corpus si el acreedor consiente la enajenación de la cosa pignorada, ésta se libera de la prenda (Dig. XX-VI, 4, § 1.º, y 7 pr. y L-XVII, 158) «nisi salva causa pignoris sui consenter vel venditioni, vel caeteris» (Dig. XX-VI, 4, § 1.º). Los términos de estas disposiciones parecen aludir a la extinción de la prenda por la venta consentida, no a la autorización para la venta. Incluso en otro fragmento MARCIANO (Dig. XX-VI, 8, § 6) nos dice que «si non venierit, non est satis ad repellendum creditorem, quod voluit venire». En el frag. 10, pr., h. t., PAULO aplicó igual doctrina en el caso de que el deudor y el comprador decidiesen apartarse de la venta convenida, porque «neque ommimodo creditor pignus remittit, sed ita demum, si emptor retineat, nec reddat venditoris». Y JUSTINIANO, en una Constitución del año 532

También con referencia al citado artículo 1.865 bis C. c., ha confesado Calvo Alfajeme (154) que «la garantía real del acreedor prendario se convierte por esta ley (5-XII-1941) en una obligación de sustitución de las mercancías vendidas».

16. Esta comprobación nos lleva, en retirada, al tercer problema dogmático por nosotros enunciado: la prenda e hipoteca de cosa futura.

En Derecho romano, según el testimonio de varios textos del Corpus, fué posible hipotecar las cosas futuras. Podemos clasificar aquéllos en la siguiente forma:

a) *Hypotheca omnium boorum*. Según Papiniano (Dig. XX-I, 1.º, pr.), pudo comprender los bienes adquiridos después de su convención—*postea quaesitorum*—. En Derecho común, nuestro Salgado de Somoza (155) formula así este principio: «obligatio et hypotheca generalis non solum comprehendit bona praesentia, sed etiam trahitur ad futura et noviter adquisita et incorporata cum patrimonio debitoris obligatio».

b) Hipoteca de *universitas*; es decir, de bienes determinados *sub specie universitatis*. Tenemos en especial el texto referido de la ley *Cum tabernam*. También se alega la ley *Grege* de Marciano (Dig. h. t., 13 pr.), que ha sido objeto de una interesante discusión entre Scialoja (156), de una parte, y, de otra, Fadda y Ben sa (157), en la que han mediado otros autores, como Rotondi (158),

---

(Códex VIII-XXVIII, 11), limitó esa regla en el supuesto de que la cosa después de vendida volviese al deudor por cualquier legítimo modo: «Nobis autem visum est, eum, qui semel consensit alienationi hypothecae et hoc modo suum ius respuit indignum esse eandem rem utpote ab initio ei suppositam, vindicare vel tementem inquietare.»

(154) ALVARO CALVO ALFAGEME: *La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 17 de mayo 1943 («Anales...», Vol. I, pág. 555).

(155) Op. cit., Pars. IV, cap. II, núm. 5, pág. 15.

(156) Op. cit., «Scritti...», vol. cit., pág. 384. A su juicio la ley sólo dice que lo nacido de un animal pignorato también se entiende pignorato. Mas no se ocupa de los animales agregados, pero no nacidos del rebaño. Ni tampoco dice que la prenda se extinga respecto a los animales vendidos.

(157) Op. y vol. cits., b). I, 34, pág. 49 y ss. A la opinión de SCIALOJA, oponen que «el adversativo *sed* y el no hablarse después, en la segunda parte (del texto), «de fetos, sino en general de renovación total del rebaño, muestran que aquí el jurisconsulto atiende a la renovación ocurrida por cualquier causa».

(158) Op. y loc. cit., págs. 793, y ss. También cree que el juego lógico de la conjunción «*sed et*» hace sospechar que en la hipótesis de que *totus grex fuerit renovatus* se comprende la agregación de nuevos animales, independientemente de su nacimiento en el rebaño, a la que se refieren las primeras palabras del fragmento.

Barbero (159) y Carcaterra (160). El tema se concreta a determinar si sólo se comprendían en la hipoteca las cabezas de ganado «quae postea nascuntur» o también las agregadas al rebaño, pero no nacidas en él. Es decir, en esencia, si esa ulterior extensión de la hipoteca sólo era una consecuencia de su extensión a los frutos, o bien resultaba de la determinación *sub specie universitatis* de las cabezas gravadas.

Salgado de Somoza (161) explicó en términos generales que «*nomen universitatis...* quoddam jus universale importat: prout haereditas, peculium, grex, mercimonium et similia quae recipiunt in se ipso augmentum et diminutionem, et ideo... hypothecae sub jicitur, debet extendi ad augmentum comprehensum sub ipso jure universalis».

c) Hipoteca de los frutos ulteriormente producidos por una cosa específicamente determinada. Con referencia a este caso, además del citado fragmento de Marciano, se señalan uno de Gayo (Dig. h. t., 15 pr.) y otro del mismo Marciano (Dig. XX-IV, 11, § 3º). También estos textos han suscitado muchas cuestiones tanto con respecto al tema de las interpolaciones como al de su interpretación. El Digesto—XX-I, 15, pr.—contiene un texto de Gayo, en el que se lee: que pueden darse en hipoteca aquellas cosas que «noudum sunt, futura tamen sunt»... «ut fructus pendentes,

(159) Op. cit., núm. 52, f) págs. 208 y ss. A la tesis de FADDA Y BENSA, opone que (nota 78, pág. 210 y ss.) la preposición *sed* (*sed et si prioribus capitibus, etc.*) es ciertamente adversativa, pero la oposición, a su juicio, no se plantea entre el fenómeno reproductivo y el hecho de la eventual agregación, es decir, para expresarse en términos latinos más claros, entre *fetus* y *adiectiones*, sino entre una *renovación parcial* (*quae postea nascuntur*) y una *renovación total* (*totus grex renovatus fuerit*). La segunda parte del texto enlaza lógicamente con la primera. Si en ésta se dice *quae postea nascuntur teneantur*, en la segunda el jurista observa (evidentemente teniendo en cuenta este factor reproductivo), que si, mientras van naciendo nuevas cabezas en el rebaño, los viejos van muriendo, se llegará en un cierto momento a que *totus grex renovatus fuerit*. Pues bien: aun este rebaño así *renovatus, pignori tenebitur*.

A su juicio (pág. 211), en el texto no se plantea el supuesto de la agregación de nuevas cabezas, por una razón realista: ¿Qué deudor sería tan ingenuo y negligente de su interés, que contribuyese con toda su buena voluntad a aumentar la garantía de su acreedor sin estar obligado a ello? Seguramente las nuevas cabezas las tendrá aparte o formará con ellas un nuevo rebaño. Por eso, el texto sólo se ocupa del caso normal: *quae postea nascuntur teneantur*.

Esto aclarado (pág. 212) cree que el camino seguido por el jurisconsulto no fué el señalado por SCALOJA, sino el de la concepción unitaria del rebaño: no se dieron en prenda *singulis capi*, sino el rebaño; y, por tanto, en cada instante están sujetos a la prenda las cabezas que en el momento en cuestión lo compongan.

(160) ANTONIO CARCATERRA: *Della estensione del pegno sulla cosa madre ai fruti e ai parti della schiera* (Napoli, 1938), núm. 6, pág. 41. Cree que en el citado texto, la extensión tácita de la prenda a los nuevos animales nacidos en el rebaño, se explica por tratarse de hipótesis de universalidad, en la que se comprende que el *pignus* se extienda a las cosas que vengan a sustituir a las que perecieren.

(161) Pars. IV, cap. II, núm. 96 (pág. 24). También núm. 6 (pág. 15).

partus ancillæ, fetus pecorum, et ea quæ nascuntur sint hypothæcae obligata». Palabras muy discutidas, tanto en cuanto a sus posibles interpolaciones como desde el punto de vista de su interpretación (162). ¿Se refirió Gayo exclusivamente a los frutos en estado de pendencia? O, con la mención de las cosas *quæ nascuntur*, ¿aludió propiamente a los frutos futuros? (163).

Lo cierto es que la interpretación que se impuso en Derecho común fué la que aceptó la pignorabilidad de las cosas «quæ nouidum nostra sunt sed esse sperantur». Así como admitió las hipotecas «quæ cadit super jure de futuro, et in spe». Salgado de Somoza así lo atestigua (164).

Todavía en el siglo pasado, Escriche (165) sigue afirmando que se podían hipotecar las cosas futuras; «esto es, las que el deudor piensa tener en lo sucesivo, como frutos de sus ganados, de sus árboles o de sus tierras», y entre las cosas propias—en oposición a las ajenas—hipotecables, distinguía «las que pertenecen al deudor en el acto o le pertenecerán en adelante» (166).

(162) Ver Maiorca: *Il pegno di cosa futura e il pegno dà cosa altrui*. (Milan, 1938), cap. V, págs. 33 y ss.

(163) MARCIANO en la citada ley 13. pr. (Dig. XX-I) plantea y acepta la extensión de la prenda a las crías que nazcan después de pignorar el rebaño: «Grege pignori obligato, quæ postea nascuntur tenentur; sed et si prioribus capitibus decadentibus totus gress fuerit renovatus, pignori tenebitur».

(164) Op. cit., vol. I, párr. II, cap. XVIII, núms. 6 y 8, pág. 451.

(165) *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. II (Madrid, 1847), palabra «Hipoteca», núm. VII, pág. 79.

(166) Entre las cuestiones suscitadas destaca la que planteó si era posible la extensión tácita o, por el contrario, si era necesario pacto expreso para que la hipoteca comprendiera los frutos de la cosa o el parto de la esclava.

Pese a la divergencia de los textos del Corpus, como dice, CARCATERA (op. cit., núm. I, pág. 3), la tesis dominante hasta mediados del siglo pasado fué favorable a la extensión tácita. En 1859, WARRONING—según cita de CARCATERA—apoyándose en premisas dogmáticas negó la posibilidad de dicha extensión. A su juicio sólo al propietario de la cosa pignorada corresponde el derecho de separar los frutos de la cosa madre sin que el acreedor pignoraticio pueda considerarlos como objeto de su derecho. Estos sólo pueden ser tenidos en cuenta como posibles accesorios de la condena en el ejercicio de la acción hipotecaria.

Siguiendo a DERNBURG, WINSCHEID (op. cit., vol. I, § 226, c., nota 10, págs. 815 y ss.) distinguió la cuestión, según se plantease en Derecho clásico, donde se requería pacto expreso, o, en Derecho justiniano, donde se sobreentendió una *tacita convention*.

CHILAVATECZ (ver la exposición de su tesis en CARCATERA, op. cit., núm. I, pág. 3) creyó poder distinguir la opinión de PAULO CASIO y MARCIANO, que exigían pacto expreso, y la de UPLIANO, PAPINIANO y otros, que aceptaban el acuerdo tácito.

ROMANO (*Appunti sul pegno dei frutti nel Diritto romano*, An. Cam. 1931, citado por CARCATERA) vió distinta la cuestión para los frutos y para el parto de la esclava. En éste, por necesidad jurídica, entendió que la extensión se producía *ex lege*. Para los frutos, a su juicio, en Derecho clásico se necesitó el pacto expreso, mientras en Derecho Justiniano bastó el acuerdo tácito.

CARCATERA (núm. 9, págs. 49 y ss.) critica el argumento que Romano refiere al *partus*: su afirmación de que el hijo *encaen ex iustis nuptiis* sigue la condición de la madre es verdadera con relación al *status*, pero no hay base en las fuentes para inducir su aplicación al derecho patrimonial. El fruto como

Los textos de Gayo (XX-I, 15 pr.) y Marciano (XX-IV, 11, § 3.º) parecen referirse a una hipoteca constituida sobre el parto o los frutos sin afectar a la cosa madre. Además, el texto de Marciano aclara que la eficacia de esta hipoteca exige que la esclava, o el fundo, o el derecho del usufructuario haya sido del deudor al tiempo de la convención (*conventionis tempore*).

Se discutió, igualmente, en caso de transferirse una cosa madre que estuviera hipotecada con pacto de extensión a los frutos, si quedaban hipotecados los nacidos en poder del tercero. Merlino (167) recogió la doble opinión de quienes requerían, por lo menos, que el feto estuviere concebido al tiempo de la venta y de quienes no exigían ese requisito. De Luca (168) fué de la primera opinión; con referencia a los fetos, opinó que «quatemus cadant sub eadem hypotheca rei, seu causae productivae, quatemus nascantur, vel saltem concipientur de tempore, quo ipse res, seu causa productiva erat in dominio debitoris, secus autem postquam ex illo exivit».

d) Los textos de Paulo y Labeon (Dig. XX-I, 29, 2.º, y 35 [36]), que admiten la extensión de la hipoteca al nuevo edificio construido en lugar del que fué destruido por un incendio.

e) Los fragmentos de Marciano XX-I, 16, § 7.º, y de Ulpiano XX-IV, 7, § 1.º, que permiten hipotecar la cosa ajena, bajo condición de que llegue a ser del deudor, y el fundo *si in dominium meum pervererit*.

17. Como es sabido, el Código civil—artículo 1.271, § 1.º—acepta que las cosas futuras puedan ser objeto de obligación. Pero el artículo 1.857 impone como un requisito de los contratos de prenda e hipoteca: «2.º Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca.»

Este requisito—dirigido a impedir la pignoración o hipoteca de cosa ajena presupone la existencia del objeto de la garantía en el momento de constituirse ésta. No obstante, dada su *ratio*, en esta prohibición no se plantea directamente el supuesto que contemplamos. Por eso, tal vez sea posible distinguir la pignoración o hipoteca directa y principal de cosas futuras y la hipoteca o prenda de elementos o bienes futuros conexos con otros ya existentes y perfectamente determinados, propiedad del constituyente.

---

el *partus*, con la separación de an de ser *pars rei frugiferae* y se transforman en *res nova*. Por eso, no ve la razón para que la prenda deba gravar, sin expresa convención, al fruto o al *partus*, una vez que éstos se separan. La extensión tácita opina que fué una innovación de JUSTINIANO, en la Constitución del año 528, recogida en el Códex VIII-XVI, 1.º últ., que dió lugar a las consiguientes interpolaciones en los textos del Digesto. La razón de esta innovación la halla en una tácita interpretación de la voluntad de las partes, dado el uso del pacto de extensión, que se había convertido en cláusula de estilo.

(167) Op. cit., Lib. II, tit. I, Quæst LII, núms. 48, 49 y 50, pág. 157.

(168) Op. cit., Lib. VIII. Disc. XXXV, núm. 16, pág. 65 y núm. 30, pag. 66.

Nuestro mismo derecho positivo ofrece varios supuestos expresamente aceptados en nuestras leyes especiales. Tales:

a) La extensión de la hipoteca a elementos o bienes que posteriormente se unan o destinen a la cosa principal hipotecada, sea que se opere dicha expansión en el momento de la incorporación o destino (169) o al exigirse la efectividad de la obligación asegurada (170).

(169) Esa extensión operada automáticamente en el momento de la incorporación la encontramos admitida:

A) En la Ley Hipotecaria:

a) Sin necesidad de pacto.

Art. 109, respecto a las accesiones naturales y a las obras de reparación, seguridad o transformación.

Art. 110, núm. 1, a las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desague, obras de reparación, seguridad, comodidad, adorno o elevación de los edificios, realizados por el hipotecante.

Art. 111, núm. 1, a los objetos muebles que éste hubiere incorporado a la cosa hipotecada y que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto.

b) Con pacto expreso:

Art. 110, núm. 1.º («sensu contrario») al edificio construido de nueva planta.

Art. 107, núm. II, a los edificios y pisos o partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente en la parte construida después de la constitución de la hipoteca por el titular o cotitular del solar o del elemento edificable resultante.

(Es de señalar el interés que puede tener, al constituirse una hipoteca, el otorgamiento de la declaración de obra nueva de un edificio en construcción y del pacto de extensión de aquélla a éste. Para comprobarlo vamos a analizar los siguientes supuestos:

1.º Se constituye hipoteca sobre el solar, sin pacto especial alguno; el edificio que se construya de nueva planta, sea por el hipotecante o por tercero, no estará afecto a la hipoteca.

2.º En la escritura de hipoteca del solar se pacta que cuanto en él se edifique se entenderá comprendido en la hipoteca. El edificio construido por el deudor se entenderá sujeto por la hipoteca a medida que vaya edificándose. Pero el constituyente no tiene obligación alguna de edificarlo si expresamente no se obligó a hacerlo. El tercero poseedor en ningún caso se verá afectado por la extensión de la hipoteca a lo que él construya, conforme resulta del artículo 112 L. H.

3.º Verificada la declaración de obra nueva—sea puramente o condicionada a la presentación de certificado acreditativo de su terminación—del edificio comenzado, o del piso o parte del piso meramente proyectado, en casa cuya construcción esté iniciada (arts. 8 y 107, núm. II, L. II), y pactado que estén expresamente comprendidos en la hipoteca, se entienden hipotecados tanto si su construcción la concluye el constituyente como si la termina un tercer poseedor, sobre quien pesará del mismo modo la obligación de concluir la obra de acuerdo con la declaración practicada.

Ni es obstáculo a la posibilidad de otorgar una declaración de obra nueva, la no terminación de éstas, pues esta circunstancia no contradice su concepto.)

B) En la Ley de Hipoteca Naval: Art. 16, extensión de la hipoteca a la parte de la nave construida después de la constitución de la hipoteca.

(170) Creemos que la extensión pactada de la hipoteca—conforme autoriza el art. 111, núm. 1, de la Ley Hipotecaria—a los objetos muebles que se hablen colocados permanentemente en la finca hipotecada bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria y que puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto, debe referirse también al momento de exigirse el cumplimiento de la obligación asegurada.

b) La subrogación en la hipoteca de los elementos que sustituyan a otros comprendidos en la hipoteca de la cosa principal (171).

c) La extensión de la hipoteca de la cosa especialmente hipotecada a sus frutos naturales y civiles. Extensión que debe entenderse referida siempre al momento de exigirse el cumplimiento de la obligación asegurada (172).

El hecho de que la hipoteca de los frutos sea referida al momento de exigirse el crédito hipotecario, nos indica que en nuestro Derecho vigente la extensión de la hipoteca de la cosa madre a sus frutos no se limita precisamente a los que estuvieren manifiestos o pendientes en el instante de la constitución de hipoteca, sino a todos aquellos que, aun siendo mera esperanza en aquella fecha, estén ya pendientes, separados o recogidos y pertenezcan al hipo-

---

rada. En efecto, el hipotecante no tiene obligación alguna—si no se ha estipulado de mantener en la finca hipotecada los mismos muebles que allí hubieran al constituirse la hipoteca, ni los terceros adquierentes de tales bienes muebles deben sufrir afección alguna por aquella causa. La extensión de la hipoteca sólo significa la posibilidad de realizar estos bienes al ejecutarse el crédito hipotecario y de que el acreedor gocce sobre su precio de la misma preferencia que le corresponde en el remate de la finca hipotecada.

No hay verdadera hipoteca de esos muebles, porque falta sobre ellos la sujeción, la reipersecutoriedad, características de la hipoteca. Sólo su embargo o la entrega al acreedor de la administración o posesión interina de la finca hipotecada producirá la efectiva sujeción de aquellos bienes.

El mismo criterio parece también reflejado en el art. 7.<sup>o</sup>, ap. 1.<sup>o</sup> de la Ley de Hipoteca Naval, al decir que: «Se entenderán hipotecados juntamente con el casco del buque y responderán de los compromisos anejos a la hipoteca, salvo pacto expreso en contrario, el aparejo, respectos, pertrechos y máquinas, si fuere de vapor, que se hallen *a la sazón* en el dominio del dueño o dueños de la nave hipotecada». (Las palabras *a la sazón* deben referirse al momento de responder efectivamente de los compromisos anejos a la hipoteca).

(171) Vemos esa subrogación en la Ley Hipotecaria en la extensión de la hipoteca a las obras de transformación (art. 110, núm. 1) y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados o por razón de expropiación forzosa (art. 110, núm. 2).

En la Ley de Hipoteca Naval aparece en el apartado final de su art. 7.<sup>o</sup> que la hipoteca se extiende a las indemnizaciones que correspondan al buque por abordaje u otros accidentes que den lugar a ellas y por seguro en caso de siniestro.

Y en el art. 1.865 bis, aprobado por la Ley de 5 diciembre 1941, se aplica a la hipoteca de un conjunto de cosas de calidad determinada y cantidad variable, entre los límites previamente pactados.

(172) El art. 110, núm. 2, de la Ley Hipotecaria señala evidentemente el momento de exigirse el cumplimiento de la obligación asegurada, como determinante de la extensión de la hipoteca a las rentas vencidas y no satisfechas. También el núm. 2 del mismo artículo parece referirse a este momento al permitir, por pacto expreso como en el supuesto anterior, la extensión de la hipoteca a los frutos *cualkiera que sea la situación en que se encuentren*.

También la Ley de Hipoteca Naval, en su art. 7, ap. 2.<sup>o</sup>, adopta este criterio de extensión referida al hacerse efectivo el crédito hipotecario. Así dice: que se entenderán hipotecados juntamente con el casco del buque y responderán de los compromisos anejos a la hipoteca, salvo pacto expreso, los fletes devengados y no percibidos por el viaje que estuviera haciendo, o el último que hubiere rendido al hacerse efectivo el crédito hipotecario...».

tecante el día de exigírselle coactivamente el cumplimiento de la obligación asegurada.

Claro que tratándose de los frutos, de las rentas vencidas y no satisfechas y de los bienes muebles que puedan separarse del inmueble sin quebranto de éste, la Ley Hipotecaria propiamente no hace más que permitir que engrosen el objeto de la acción hipotecaria y que sobre su precio goce el acreedor hipotecario de idéntica prelación que sobre el precio del inmueble hipotecado. Pero ni hay sujeción, ni reipersecutoriedad, ni probablemente actuación de la acción de devastación. Por tanto, no queda sino la expresada extensión de la acción ejecutiva y de la prioridad correspondiente a la hipoteca. La expresión de la Ley Hipotecaria, al hablar en estos casos de extensión de la hipoteca, peca de impropiedad, pero el nombre no hace a la cosa en tanto no puede modificar su esencia.

18. Hay que observar que en el Derecho romano la *hypotheca* se perfeccionaba y el *pignus* podía constituirse *solo consensu*, por eso cabía perfectamente que al nacer el parto, o separarse el fruto, o adquirirse el fundo, se entendiesen automáticamente hipotecados. En cambio, en Derecho moderno, al exigirse la puesta en posesión del acreedor, o un tercero, para que la cosa se entienda pignorada, no es posible esta automática afeción si la cosa madre no es poseída por el acreedor o por un tercero depositario.

Rubino (173) admite que en los casos concretos en que la interpretación de la voluntad de pignorar una cosa futura no conduzca inequívocamente a un simple contrato preliminar, será preferible entender que nos hallamos en presencia de un único contrato definitivo de prenda, válido, pero de momento todavía incompleto, que se completará y hará surgir el derecho de prenda sólo cuando, nacida la cosa, se haya entregado su posesión. En el tiempo intermedio, la manifestación voluntaria es irrevocable. Apenas la cosa tenga existencia, surgirá a favor del acreedor el derecho a que se le entregue su posesión. Por tanto, resulta de esta tesis que si aquella nace en posesión del acreedor, con su nacimiento deberá entenderse automáticamente sujeta a la prenda.

En la hipoteca inmobiliaria, rige el principio del trato sucesivo y la necesidad de la previa inscripción a nombre del deudor de la cosa o el derecho que se hipoteca, con lo que se quita toda posibilidad a la hipoteca inmobiliaria de cosa futura. La solución sería más fácil de ser planteada en un sistema registral de simple prioridad, es decir, en un registro de cargas, que no exige la previa inscripción de la titularidad de los bienes que quieran gravarse, ni responde de la titularidad del bien gravado.

Pero se agudiza tratándose de someter a la llamada prenda sin desplazamiento los frutos o productos futuros, sin pignorar ni hipotecar la cosa madre (174).

(173) DOMENICO, RUBINO, *Il pegno*, en el Vol. XIV-1 del *Trattato di Diritto Civile*, dirigido por VASALLI. (Turino, 1952), núm. 21, pág. 205.

(174) Nada resolvió el art. 1.º del R. D. 22 septiembre 1917, que si bien

Maiorca (175) ha propuesto esta solución: La garantía gravará los frutos de una determinada planta, la lana de determinadas reses y la inscripción del vínculo indicará la planta o animal, no ya como objeto del vínculo, sino como ámbito de referencia para la individualización del objeto de la garantía. El producto, al tener existencia, ya se encontrará vinculado en garantía.

El camino de esta solución es el siguiente: *a)* La pignoración de la cosa madre lleva consigo la de sus frutos. *b)* Despues se trata de entregar la cosa madre, en posesión, al acreedor, sin pignorarla, para que al nacer sus frutos queden automáticamente pignorados. La cosa madre actúa como base y elemento determinante de la pignoración de sus frutos, que nacerán—por decirlo así—en el cautiverio del poseedor de la cosa madre. La finalidad de la posesión de ésta será el de señalar el destino de sus hijos. *c)* Admitido eso, falta solamente sustituir—cuando sea factible—la posesión de la cosa madre por la publicidad de su inscripción como objeto de referencia de la pignoración de sus frutos.

Igual puede decirse respecto a la pignoración de las mercancías determinadas *sub specie universitatis* a través de la individualización del conjunto hecha pública con su constatación registral.

19. Ahora bien: aun admitiendo dentro de prudentes límites la posibilidad de hipotecar cosas futuras, no creemos posible afirmar con propiedad que en la hipoteca de una universalidad de mercancías estén hipotecadas las que existan en ella en el día del vencimiento. De las dos posibilidades básicas que a su vencimiento ofrecía la hipoteca, en su concepción clásica, pedir la puesta en posesión de la cosa gravada y perseguirla contra tercero, en la versión que estudiamos sólo resta la primera, que puede explicarse sin acudir a la fórmula de que la hipoteca se extiende a las mercancías.

Esta hipoteca se resuelve, pues, en un privilegio, en una simple razón de prioridad.

La realidad de la solución aplicada a un establecimiento mercantil se limita a admitir la posibilidad de la ejecución conjunta de los elementos del establecimiento comprendidos en la hipoteca y de las mercancías embargadas por el actor después del vencimiento de la hipoteca. Nada tiene de absurda esa solución, pues siendo la ejecución consecuencia del crédito y no de la hipoteca—que sólo sujeta la cosa para que pueda ser herida por aquella ejecución del crédito cualquiera que sea el poseedor de dicha cosa—no hay obstáculo dogmático que oponer.

Queda por determinar si podrá concedérsele al acreedor sobre su precio la misma prioridad de que goza sobre los demás elemen-

habla de la prenda de frutos pendientes, añade luego, en términos generales, las cosechas. Tampoco lo aclaró el D. de 5 diciembre 1941, con los términos generales del art. 1.864 bis, núms. 1 y 2.

(175) Op. cit., cap. IX, núms. 7 y ss. y págs. 86 y ss.

los realmente comprendidos en la hipoteca del establecimiento. Es decir, si el carácter privilegiado del crédito hipotecario en este caso va referido con igual rango a los elementos hipotecados y a las mercancías del establecimiento ejecutadas conjuntamente con aquéllos.

## II. EL PROBLEMA TELEOLOGICO DE LA PRELACION

20. Junto a la necesidad teleológica de que las mercancías de una tienda o almacén puedan venderse libremente y de que quien las adquiera las obtenga sin afición ni carga alguna, se plantea un segundo problema: Su tema es la cuestión de la preferencia del acreedor, garantizado en esa forma, frente a otros determinados acreedores del titular de la universalidad de mercancías gravadas. Al respecto, podemos referirnos a la cuestión de la preferencia del arrendador del local donde las mercancías se hallan almacenadas; a la relativa a los acreedores que lo sean por suministro de mercancías; y a la planteada, en caso de transferencia a tercer poseedor de la tienda o almacén, entre los acreedores de dicho tercer poseedor anteriores a su adquisición y el acreedor garantizado con el *pignus tabernæ*.

La primera preferencia tiene hondas raíces en la Historia del Derecho. Tenemos la ley 29 del título XIII de la Quinta Partida, bajo la rúbrica «Como el alquiler de las cosas que son de almacén, o que lieuan de un logar a otro, deue ser ante pagado, que las otras debdas.» Siguiendo el criterio de Ulpiano, en la ley 6 (Dig. XX-IV) (176), declaró la ley de Partidas la preferencia, incluso, de quien con posterioridad a la prenda prestare dinero para pagar el alquiler o el transporte de las mismas: «Mercadurias algunas resci-biendo algun ome a peños, assi como olio, o vino, o tricico o ciuera, u otra cosa semejante; si aquellas mercadurias estouiesen en algu-na casa, o almazen, por que ouiesse a pagar loguero por ellas; o fuesse a leuar de un logar a otro en algun nauio, o en bestias, o de otra manera; e otro alguno emprestasse dineros despues, para pa-gar aquel loguero, o lo que costasse el acarrear de las cosas; de-zimos, que este que prestó los dineros a postremas por alguna destas cosas sobre dichas, este deue ser pagado primeramente, que el pri-mero...» (177).

(176) ...*chuis enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam: quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat*—1.<sup>o</sup> Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut nautum ex solvuntur, potentior erit licet posterior sit; nam et ipsum nautam potentius est—. 2.<sup>o</sup> Tatundem dicetur, et si merces horreorum, vel arcae, vel vecturae iumentorum debetur; nam et hic potentior erit.

(177) La extensión de la hipoteca tácita del arrendador a las mercancías fue en general rechazada por los autores de Derecho común *quod in vectae*

La segunda preferencia la vemos enunciada por Merlino (178), quien después de señalar la regla general de que el acreedor hipotecario posterior es preferido al acreedor personal anterior, excepciona: "fallit" (esta regla general) in creditoribus pro mercibus datis debitori».

La tercera hipótesis la hemos visto planteada por De Luca (179). Sintéticamente puede quedar formulada en estos términos: Ticio, mercader con amplio crédito, adquiere la tienda de Cayo, totalmente desprovista, y, además, hipotecada en favor de Maevio. Ticio vende mercancías de sus anteriores establecimientos y repone totalmente la tienda nuevamente adquirida comprando nuevos géneros con el precio de aquéllas. El perjuicio para sus anteriores acreedores, proveedores de sus antiguos establecimientos, sería evidente si las nuevas mercancías llevadas a la tienda que compró a Cayo se entendiesen comprendidas en la hipoteca a favor de Maevio con prioridad respecto aquellos proveedores de las antiguas.

21. He ahí unos problemas clásicos. Hoy día se han acentuado las cuestiones teleológicas que suscita la afección en garantía de universalidades de mercancías.

Hemos visto, en la primera parte de este trabajo, que el gravamen de que nos ocupamos se reduce simplemente: *a*), a una obligación de reponer las mercancías en la tienda o almacén, hasta el límite previamente determinado; y *b*); a la posibilidad de embargar las mercancías existentes en la tienda o almacén el día en que se ejercite la acción, gozando en su ejecución de la preferencia correspondiente a la hipoteca, según la fecha de su constitución.

Pues bien, esa reducida garantía, que depende del cumplimiento de la obligación del reponer, también plantea importantes dificultades.

No puede olvidarse que las mercancías suelen ser suministradas a crédito a los comerciantes que se dedican a su reventa. ¿Signifi-

res in re locata non censentur tacite hypothecatae, quando in vectae fuerunt non eo animo, ut ibi perpetuo sint, hoc est toto tempore locationis». (MERLINO, op. cit., Lib. II, Tit. I, Quaest. XLVI, núm. 6, pág. 144). Pero, entre otros casos excepcionales se admitió la extensión tratándose del arrendamiento de una tienda o almacén, «quando conductor domum conduxit, non ut eam solum modo, ac principaliter inhabet, sed etiam ut in ea aliquam negotiationem faciat, et evenit mercatoribus conductentibus domos cum apothecis, in quibus mercanturam exercent, sic in horreis, arreis, tabernae dicendum est; hoc enim casu merces huiusmodi censentur hypothecatae pro pensione, et contractu locationis, quia res illa conducta ea intentione conductitur pro exercitio marcatuiae ... Et extenditur etiam si, alia bona non venalia introducantur» (MERLINO, loc. cit., núms. 13 a 15, pág. 145, tilt. cit.). Con esta salvedad: «Hypothecatae vero in hoc casu censentur dummodo extent tempore finitae locationis, secus si non extent, nam contra illarum emptores agi minimè poterint». (MERLINO, loc. cit., núm. 16).

(178) Op. cit., Lib. IV, Tit. I, Quaest. XV, núm. 5 (pág. 358): «Limentatur (aquella regla general) in creditore pro mercibus societatis datis, nam in eas profertur creditor mercium etiam simplex chirographarius».

(179) Op. cit., Lib. VIII, Disc. XXXV, núms. 16 a 20, pág. 65.

cará la prenda o hipoteca de las mercancías de la tienda o almacén, consideradas *sub specie universitatis*, que éstas desde la fecha de su constitución no podrán ser embargadas por otros acreedores, ni siquiera por aquellos que las suministraron, o bien, que en la ejecución por estos acreedores pesará siempre la preferencia del acreedor hipotecario? O, por lo contrario, ¿cuálquier suministrador podrá anteponer sus créditos por el precio pendiente de las mercancías que suministró, aunque no tengan otra justificación del mismo que simples letras de cambio o pagarés carentes de autenticidad?

El problema es tan grave que ha sido decisivo para la no admisión de esa garantía en gran parte de las legislaciones modernas más progresivas.

La cuestión se suscita, tanto en la pignoración sin desplazamiento de las mercancías de una tienda o almacén, consideradas *sub specie universitatis*, como en la extensión a las mercancías de la hipoteca de un establecimiento mercantil.

Las soluciones propuestas y dignas de consideración son las siguientes: *a*), prenda e hipoteca flotante; *b*), inaceptabilidad total de la hipoteca o de la prenda sin desplazamiento sobre conjuntos de mercancías de composición variable; *c*), soluciones intermedias: limitadas a un volumen determinado, a las mercancías cuyo precio estuviere pagado, a las existentes al vencimiento de la garantía, etc.

Una a una, sucintamente, vamos a analizarlas.

## 22. Primera solución: Prenda e hipoteca flotantes.

A nuestro objeto, podemos examinar la *floating charge* inglesa y sus derivadas, la garantía flotante de la ley argentina de *debentures*, número 8.875, y la del Paraguay, en cuanto alcanzan a las mercancías de la entidad deudora. También, la *prenda flotante*, directamente constituida sobre «mercaderías y materias primas, en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial», regulada en el artículo 14, del Decreto número 15.348 de la República Argentina, de 28 de mayo de 1946, hoy ley número 12.962.

### a) La *floating charge*: su extensión a las mercancías.

La garantía de los créditos y, en particular de las obligaciones emitidas por una compañía puede consistir, según el Derecho anglosajón, no sólo en un «gravamen fijo» sobre bienes específicos, sino también en un «gravamen flotante» sobre todo o parte del patrimonio de la sociedad. Esta figura nació en el siglo pasado, fruto de la jurisprudencia inglesa. Esta consideró, en un caso en cuestión, que lo afectado por la garantía era la empresa (*undertaking*) con sus bienes, presentes y futuros, y que por ello no quedaba

limitada la facultad de la compañía de disponer de su propiedad «en el curso ordinario de sus negocios» (180).

Según nos explica Charlesworth (181) se trata de una carga equitativa que grava en todo momento el activo de una compañía, dado en garantía, en el estado en que se encuentre en cada momento (182). Permanece durmiente («dormant») hasta que la empresa gravada deja de ser un negocio en marcha (por cese en el giro de los negocios sociales, por liquidación voluntaria o forzosa o por quiebra), o bien si es intervenida por el acreedor en caso de falta de pago de los intereses, falta de reembolso en el plazo o plazos convenidos o por pérdidas de una cuarta parte o más del capital que la sociedad deudora tuviese en el día de la emisión de las obligaciones, o por otro supuesto previsto por las partes. Entonces la *floating charge*, se hace fija; *cristaliza*.

Mientras la *floating charge* no haya cristalizado, no sólo no se suspende la libre disposición de los bienes afectados, según el ritmo normal de una bien ordenada gestión de la empresa, sino que incluso pueden crearse específicas *morgage* con prioridad sobre aquella garantía general. Tampoco se suspende la posibilidad de que los demás acreedores ejecuten bienes de la Compañía para realizar sus créditos. La *floating charge* sólo puede anteponerse a estos créditos cuando *cristaliza* antes de que los bienes sean vendidos por el *sheriff*.

Pero, aun después de cristalizar, carece de prioridad, sobre: a) los embargos verificados por el arrendador accionante para percibir su renta; b) los acreedores privilegiados (por sueldos, salarios, contribuciones) en caso de liquidación forzosa; c) las cargas equitativas creadas antes de que la *floating charge* se haga fija (v. gr., los derechos de un acreedor con reserva de dominio, aunque se trate de muebles que se hayan empotrado o incorporado en un inmueble del deudor).

Como dice el jurista italiano Ardigó (183), más que una hipoteca o una prenda, se trata de un privilegio general a favor de todos los obligacionistas, o de los de alguna clase o serie, sobre el

(180) Ver: CHARLESWORTH: *Company Law* (London, 1949), págs. 188 y ss.; ARTHUR CURTIS: *Manual de Derecho Mercantil inglés*, traducción de José M. RUIZ SALAS (Madrid, 1931), pág. 427; FAUSTO ARDIGO: *Le società, per azioni nel diritto inglese* (Padova, 1939), núm. 73, págs. 302 y ss.; JOAQUÍN GARRIGUES: *Tratado de Derecho Mercantil*, 1-2 (Madrid, 1947), núm. 368, página 831; JOSÉ IGNACIO DE ARRILLAGA: *Emisión de Obligaciones y protección de los obligacionistas* (Madrid, 1952), págs. 109 y ss.

Sobre la Ley argentina, núm. 8.875, ver LAFAILLE: *Derecho Civil*, T. V, *Tratado de los Derechos reales*, Vol. III. (Buenos Aires, 1945), núm. 1.798, página 172.

(181) Op. y loc. cits., según nota traducida facilitada por nuestro amigo y compañero A. BALLARÍN.

(182) El art. 5 de la Ley argentina dice que pueden ser objeto de los *devenires* «con garantía flotante», todos los derechos, bienes muebles o raíces, presentes o futuros.

(183) Op. cit., núm. 73, pág. 303.

íntegro patrimonio de la *azienda*, creado en vía convencional. Garrigues (184) también opina que no se trata de un derecho general de prenda, a la manera como la doctrina española interpreta el texto del art. 1.911 del C. c.; ni tampoco de una prenda de empresa, que funda un derecho real sobre todos y cada uno de los elementos, sino que concede tan sólo un derecho de preferencia sobre los bienes de la entidad emisora, al cual únicamente se anteponen ciertos privilegios legales.

A pesar de la elasticidad de la *floating charge* (185), la doctrina inglesa ha criticado severamente la amplitud de los derechos derivados de la misma, calificando este privilegio de *unfairly prejudicial to trade creditors*. Se critica la sujeción de los bienes futuros a la *floating charge*, porque la adquisición de los valores futuros de la empresa se puede deber, en parte, a los acreedores cuyo pago queda pospuesto. Especialmente se hace notar que la deuda así garantizada—frecuentemente obligaciones emitidas bajo la par o con reembolso sobre la par—nunca tiene mayor valor que la correspondiente al precio pendiente de las mercancías adquiridas por la sociedad (186).

b) *La prenda flotante sobre mercaderías y materias primas en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial.*

El art. 14 del Decreto argentino núm. 15.348—después ley número 12.962—ha establecido que «sobre mercaderías y materias primas en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial, puede constituirse prenda flotante, cuando tenga por objeto asegurar el pago de obligaciones cuyo plazo no exceda de 180 días. Este tipo de prenda afecta las cosas originariamente prendadas y las que resulten de su transformación, tanto como las que se adquieran para reemplazarlas, y no restringe la disponibilidad de todas ellas, a los efectos de la garantía».

Escaso resulta este precepto para resolver las múltiples cuestiones que esta institución plantea. Sin duda, la propia naturaleza de la garantía flotante, según la citada ley argentina de «*deventures*», debe servir para cubrir los vacíos que deja el art. 14 del Decreto 15.348. Con esta pauta resultará: su carácter condicional, así como la determinación del instante de su cristalización o fijación, etc.

(184) Op. y vol. cits., pág. 831.

(185) Además de lo expuesto y a fin de evitar que Compañías insolventes constituyan *floating charge* para asegurar débitos pasados en perjuicio de los acreedores generales, se declara la nulidad de la constituida dentro de los doce días anteriores a la quiebra (a menos que la Compañía fuese a la sazón solvente), excepto en cuanto al dinero entregado al tiempo de crearse la garantía, o después, con interés que no exceda del 5 por 100. (Ver CHARLESWORTH, loc. cit.)

(186) Ver CURTIS (op. cit., pág. 427) y ARRILLAGA (op. cit., pág. III y ss.).

23. *Segunda solución: Inaceptabilidad total de la prenda sin desplazamiento de universalidades de mercancías y de la extensión de la hipoteca de establecimiento a las mercancías o materias primas del mismo.*

a) En Francia, la Sentencia de la *Court de Cassation*, de 13 marzo 1888—es sabido que la hipoteca de establecimiento mercantil es fruto de la jurisprudencia francesa—, admitió la extensión del *nantissement des fonds de commerce* a los elementos corporales accesorios de los *fonds*, criterio seguido por Ley de 1 marzo 1898. Pero la reacción no se hizo esperar por parte de las Cámaras de comercio, la doctrina e incluso la jurisprudencia. Queda en la antología jurídica, como modelo de acatamiento lamentado, la Sentencia del Tribunal de Tourcoing, de 30 septiembre 1902, que empieza con estas significativas palabras: «*Attendu que le tribunal accepte avec regret la solution affirmative....*» Otros tribunales (187) salvaron la cuestión, entendiendo que las mercancías ni siquiera son elementos de la empresa: apoyándose en su carácter cambiante; en una distinción, ya ensayada en una ley fiscal de 1872, entre las mercancías y los demás elementos del establecimiento; y escudándose en la posibilidad de constituir garantía real sobre las mercancías a través de los *warrants* (188).

Las razones teleológicas, esgrimidas contra la conveniencia de la extensión del *nantissement des fonds de commerce* a las mercancías, fueron en esencia las siguientes (189):

1.º La anomalía que significa que puedan darse en prenda anticipadamente mercancías que aún no son del deudor, de modo que el prestamista pueda en su día adueñarse del producto de esas mercancías, ulteriormente adquiridas, sin dejar a los proveedores la posibilidad de percibir en este caso ni siquiera una parte del precio que quedare aplazado.

2.º Que resulta totalmente contrario a la equidad que un comerciante pueda pignorar mercancías cuyo precio adeude aún a sus abastecedores, apropiándose así el importe debido, en perjuicio de aquéllos.

3.º Prestarse al fraude por medio de prendas simuladas que afectan a bienes que normalmente se adquieren a crédito.

4.º Igualmente facilitar el medio de sustituir—concertando con un prestamista—un *nantissement* de valor negativo por un *nantissement* de valor respetable. Bastando a tal fin al deudor, amenazado

(187) Trib. comm. Serlis 9 mayo, 1902, Trib. de comm. Le Habre, 30 mayo, 1899; Court Amiens, 7 julio, 1900; Trib. Comm d'Angers, 7 diciembre, 1900; Trib. Comm. Chalon sur Seine, 17 diciembre, 1900.

(188) Así, la *Court de Aix*, en 27 abril 1903, adoptó el sistema intermedio de admitir que el *nantissement* pudiese extenderse a las mercaderías ya existentes en el momento de la constitución, pero sólo a éstas.

(189) Ver la cit. Sent. del Trib. de Tourcoing de 30 septiembre 1902. Ver igualmente ANGEL SANZ, loc. cit., pág. 181.

de insolvencia, invertir en mercancías sus disponibilidades, de modo que el precio de aquéllas solamente beneficiará al *creancier nanti*, en perjuicio de la masa de acreedores.

Por todo ello, después de meditado examen, los redactadores de la Ley de 17 marzo 1909 rechazaron la posibilidad de incluir las mercancías en el *nantissement des fonds de commerce*. En los trabajos preparatorios expresaron en estas breves palabras la finalidad de la exclusión: «La de mantener al deudor un activo libre y ofrecer una garantía a los acreedores quirografarios.»

La doctrina ha acogido favorablemente la solución negativa (190) de la Ley. Thaller-Percerou (191) subrayaron como progreso evidente que no se permitiera la absorción completa del crédito de un hombre por un acreedor privilegiado.

Dos razones fundamentales son repetidas en justificación de la posición legal. La primera fué la expuesta por la comisión legislativa: el legislador quiere dejarlas libres en interés de los acreedores quirografarios por constituir el principal elemento del crédito del deudor (192). La segunda se refiere al destino de las mercancías para ser vendidas, a la ausencia de medio práctico para obligar al comerciante a mantener su *stock* y la invulnerabilidad de los terceros adquirentes de las mercancías, que no pueden ser alcanzados por el derecho de persecución de un acreedor privilegiado (193).

b) En Alemania, ya en el siglo pasado, fué discutida la cuestión. En 1880, Leonhart (194), en el XV Deutschen Juristentag, propuso la constitución de hipoteca sobre los elementos fijos y estables del patrimonio mercantil; es decir, los no destinados a la circulación: las mercancías, por tanto, debían quedar excluidas. Heusler (195) creía oportuna una hipoteca sobre las *universitas*, no sobre los elementos singulares. Ehrlich (196) quería limitar la admisión de la hipoteca como remedio excepcional en los momentos de crisis económica.

La discusión fué especialmente interesante a raíz de la crisis económica ocasionada en la posguerra de la primera conflagración mundial. En 18 de junio de 1925 se presentó una solicitud de la Asociación Central Alemana del Comercio al por Mayor, y en la

(190) Ver ALBERT COHEN: *Traité théorique et pratique des fonds de commerce* (2.ª ed., París, 1948), Vol. II, núm. 938, pág. 528.

(191) *Traité élémentaire de droit commercial*. (París, 1931), págs. 691 y ss.

(192) Ver JEAN ESCARRÁ: *Cours de Droit Commercial*. (París, 1952), número 280, pág. 195.

(193) Ver GEORGES RIPERT: *Traité élémentaire de Droit Commercial* (2.ª ed. París, 1951), núm. 546, pág. 227, y ESCARRÁ (op. cit., pág. 194, in fine).

(194) Citado por FRANCESCO FERRARA, junior: *L'ipoteca mobitare* (Roma, 1932), núm. 122, pág. 356.

(195) «Zeitschrift f. d. schweiz», R. XIV, pág. 63 y ss. (citado también por FERRARA, junior).

(196) «Juristische Blätter». (Viena, 1891), núm. 12 (cita del mismo FERRARA).

III Legislatura, 1924-26, llegó al *Reichstag*, una proposición de Keinatk y otros (197). Ninguna de ellas llegó a cristalizar, y la institución fué objeto de las más duras críticas. Se argumentó principalmente (198).

1) Que una hipoteca referida a una *universitas* no puede ofrecer una seguridad eficaz. No se da en garantía el *conjunto* de las mercancías, sino un *concepto*. Su eficacia, su realidad, sólo depende de la buena voluntad del deudor. Sin ésta «se derrite como la mantequilla al sol».

2) Que admitida la hipoteca de almacén de mercancías, el crédito personal desaparecería de la vida de los negocios. La letra de cambio dejaría de ser la moneda del comerciante. Los suministradores no podrían ni querían proveer sus mercancías sin una simultánea garantía de su crédito. De lo contrario, correrían el riesgo de quedar en descubierto cuando el deudor constituyese a favor de tercero hipoteca de las mismas mercancías suministradas. De ese modo el crédito personal desaparecería, y resultaría necesario siempre acudir al crédito real, más lento, complicado y caro.

c) En Italia, el Proyecto de Código de comercio de D'Amelio, después de madura discusión de su Comisión redactora, en su artículo 494 admitió la prenda de *azienda* comercial, constituida sin transmisión posesoria mediante inscripción en el Registro de comercio. Pero de los objetos de esta garantía se excluyó especialmente a las mercancías.

El vigente *Codice civile* no ha recogido ni la hipoteca de una universalidad de mercancías, ni la hipoteca de *azienda* mercantil.

En la doctrina, especialmente Ferrara, junior (199), y Rondi (200) se muestran claramente contrarios a la extensión a las mercancías de una propuesta hipoteca de la *azienda* (201).

Uno y otro, repiten las razones alegadas a favor de la solución negativa, por la doctrina extranjera.

5) En Checoslovaquia, el Proyecto de Código de 1925, en sus artículos 507 y siguientes, quiso regular la hipoteca de establecimiento mercantil según las líneas generales al Derecho fran-

(197) Ver Wolf, op. y vol. cits., § 160, II, 4, pág. 395; y FERRARA hijo, op. cit., núm. 122, pág. 360.

(198) Ver FERRARA, junior, op. cit., núm. 122, pág. 358.

(199) Op. cit., núms. 120 y ss., págs. 353 y ss.

(200) Op. cits. núm. 7, págs. 816 y ss.

(201) El segundo, no obstante, distingue la hipoteca, convencionalmente constituida e inscrita—en la que aplaude la posición de la doctrina francesa—y la prenda de la *azienda*, con desposesión del deudor, para la que acepta—en virtud de su concepción unitaria de la *universitas*—su extensión a los elementos llevados, aunque sea *pro tempore*, para formar parte de la *azienda* pignorada, como especialmente, las mercancías. Pero, este segundo caso, como vimos al principio de este trabajo, escapa de nuestro supuesto, tanto más cuanto que el acreedor adquiere directamente las nuevas mercancías y a su cargo corre la satisfacción de su precio.

ces, pero extendiendo la garantía a las mercaderías—como objeto fluctuante a través de la subrogación real—a imitación del *pignus tabernae*.

Pero la pretendida innovación fué mal acogida por la doctrina. El II Deutscher Juristentag in der Tschekoslowakei la rechazó unánimemente. He aquí las principales razones alegadas (202):

1.º Las insuperables dificultades que surgirían en la interferencia de la hipoteca del establecimiento y las prendas especiales. Sobre todo, con las judiciales, que en Derecho germánico atribuyen un derecho de prelación al ejecutante.

2.º La imposibilidad práctica de *realizar* la hipoteca. Pisko (203) y la doctrina austriaca han discutido la posibilidad de ejecutar el establecimiento en cuanto constituye un grave golpe para la empresa. Por otra parte, entre los motivos del proyecto, se ofreció como justificación el hecho de que en la mayor parte de las hipotecas no se llega a su ejecución, confesión que descubría el absurdo de querer regular una institución de la que eran temidas sus últimas consecuencias.

3.º Especialmente—y esto se consideró como la objeción más grave—, que esa hipoteca, comprensiva incluso de las mercancías, en cuanto recayera sobre la totalidad de la empresa, cerraría a ésta cualquier otra fuente de crédito. Con ello se produciría la esclavitud de las pequeñas empresas a la soberanía del capital, la gran industria y las finanzas.

e) En Dinamarca, si bien se aceptó la hipoteca mobiliaria sobre bienes muebles específicamente determinados (aunque sin dotarla de reipersecutoriedad contra adquirentes de buena fe), fué excluida totalmente la posibilidad de que las universalidades fuesen objeto de dichas hipotecas. Es decir, se rechazó si los muebles hipotecados no se determinaban específicamente, sino *sub specie universitatis* (204).

#### 24. Soluciones intermedias:

*Primera: Extensión limitada a una determinada parte de su valor.*

1.º En Bélgica ha sido regulado el *nantissement des fonds de commerce*, por ley de 25 de octubre de 1919, de modo análogo que en Francia, pero permitiendo que por pacto expreso pueda extenderse a las mercancías, aunque sólo hasta la mitad de su valor, de modo tal que quedara la otra mitad a disposición de los demás acreedores.

(202) Ver FERRARA, hijo, op. cit., núm. 120, págs. 353 y ss.

(203) PISKO: *Das Unternehmen im Rechtsverkehr*, según cita del mismo FERRARA.

(204) SCHAUER-ROST: *Die Kreditversicherung im internationalem Handelsverkehr*. (Berlin, 1926), citado por FERRARA, jr.

Es de notar, además, que en otro aspecto la ley belga es más restrictiva que la francesa, en cuanto sólo autoriza la constitución de dicho *nantissement* cuando se verifique a favor de Bancos o Instituciones de créditos autorizados por el Gobierno, más no a favor de particulares.

2.º La *Ley de préstamos con prenda sin desapoderamiento* de la República Dominicana de 17 de noviembre de 1948, en su artículo 1.º, ha admitido la posibilidad de constituir prenda sin desapoderamiento sobre los bienes muebles «que utilicen o produzcan en su trabajo, industrias, empresas, profesión u oficio». Pero esa garantía la limita a préstamos que no excedan del 50 por 100 «del valor real de los bienes dados en prenda en el momento de la operación» (art. 3.º) (205) y al plazo de los treinta días siguientes al vencimiento del crédito (arts. 14 y 18) (206).

*Segunda solución intermedia: Hipoteca o prenda limitadas a las mercancías cuyo precio esté totalmente pagado.*

Aparentemente, con esta fórmula se salvan los derechos de los suministradores y se consigue que no se cierre el crédito del comerciante. Pero una ligerísima reflexión nos demostrará lo defectuosa que es esta fórmula. La fungibilidad de las mercancías y, especialmente, la posibilidad de comprar al contado nuevas mercancías—para ingresarlas en la universalidad a la que es referida la hipoteca—pagándolas con el precio obtenido con la venta de otras que a crédito hubieran sido suministradas al deudor pignoraticio y no satisfechas por éste, nos demuestra la total ineficacia de esta solución. Esta se presta, además, a toda clase de complicaciones en la discriminación de las mercancías cuyo precio esté totalmente pagado y de aquellas otras aún debidas.

*Tercera solución intermedia: Hipoteca limitada a las mercancías que existan al vencer la obligación asegurada.*

Según esta solución, llegado dicho momento el acreedor podrá exigir la inmovilización de las mercancías, tomando inventario de ellas y embargándolas, o exigiendo su entrega o, por lo menos, su depósito en poder de un tercero.

(205) No obstante el párrafo final del art. 3.º dice que: «Sin embargo, los préstamos que excedan de esas proporciones serán válidos, pero en caso de que dichos efectos hubieran sido objeto de enajenación total o parcial posteriormente a la operación de préstamos, el derecho de persecución a que se refiere el art. 16 de la presente ley, no podrá ser ejercido ni oponerse frente a los terceros adquirentes de buena fe, sino hasta la suma a que debieron alcanzar los préstamos en conformidad a las proporciones legales indicadas, más costas». Nada dice, pues, acerca de la prelación.

(206) Según el art. 18, «el tenedor que deje pasar los treinta días quedará como quirografario».

Claro que en este caso se reconoce del modo más patente que no existe verdadera sujeción—ni por tanto hay hipoteca—de las mercancías mientras no se haga efectivo su embargo. Ya que la adquisición de la posesión de aquéllas por un tercero de buena fe, aun después de vencido el crédito y de iniciado el ejercicio de la acción, supondrá la liberación del gravamen.

Sólo hay una extensión de la acción ejecutiva a las mercancías, existentes en el establecimiento al vencer la obligación asegurada, que hayan sido efectivamente embargadas por el acreedor o recibidas en depósito o en administración por éste, y la atribución al mismo de una preferencia paralela a la que la hipoteca ofrece.

Además, también esa forma presenta el inconveniente de que aquel embargo supondrá un colapso del establecimiento. En perjuicio del propio ejecutante en cuanto rompa la continuidad de la explotación. Sólo al llegar a aproximarse el vencimiento de ésta se hará sentir ese nocivo efecto, y no antes, gracias a que en el ínterin podrían los suministradores embargar las mercancías impagadas, extrayéndolas así del establecimiento y, por tanto, de su afición en cuanto al valor embargado.

Por otra parte, esta solución no ofrece suficiente garantía para el acreedor hipotecario, que además de la obligación de reponer debería imponer al deudor la de tener las mercancías totalmente pagadas y libres de gravamen en el volumen estipulado.

#### C O N C L U S I O N E S

*En resumen*, podemos concluir que la hipoteca de un conjunto variable de mercancías, o la inclusión de éstas o de las materias primas en la hipoteca del establecimiento, supone gravísimos defectos, técnicos y prácticos:

1.º La hipoteca sobre las mercancías no es tal hipoteca, desde el momento en que éstas no quedan sujetas en garantía de la deuda. Pueden venderse y su adquisición está libre de todo gravamen hipotecario, aunque la hipoteca gravite sobre el establecimiento. No hay que olvidar que la reipersecutoriedad de la hipoteca de establecimiento se refiere a éste en su conjunto y sólo puede alcanzar a aquellos elementos singulares que individualmente sean susceptibles de identificación registral y, efectivamente, se hayan determinado en la inscripción. Cualquier solución contraria a la libre enajenación de las mercancías y a su inmunidad una vez enajenadas frente a la reipersecutoriedad de la hipoteca del establecimiento destruiría una de las bases fundamentales sobre las que se asienta el comercio jurídico.

2.º La extensión a las mercancías de la hipoteca del establecimiento supondría la mezcolanza en una misma hipoteca de cosas registrables y no fungibles con otras fungibles y no registrables, formando un conjunto al que no es posible dar trámite ju-

rídico uniforme, ni iguales normas de ejecución. Incluso por la necesidad de inventariar y valorar previamente estas últimas, como presupuesto necesario de la ejecución del establecimiento, que, sin duda, se atrasaría y dificultaría.

3.º Establecimiento hipotecado con inclusión de sus mercancías, equivaldría, casi siempre, a establecimiento con su crédito cerrado. Una hipoteca en estas condiciones sería poco menos que una enfermedad mortal del establecimiento. Las mercancías son normalmente adquiridas a crédito por los comerciantes contra la firma de letras de cambio con vencimientos escalonados posteriores a la recepción de aquéllas. Pues bien, ningún proveedor podrá fiar normalmente a un empresario que haya hipotecado o que pueda hipotecar su establecimiento afectando las mercancías.

Con el agravante de que el suministrador que, por no haber conocido la existencia de la hipoteca—para cuyo conocimiento necesitaría consultar el Registro antes de hacer cualquier suministro a crédito—, hubiese concedido un aplazamiento al empresario deudor, ya no podría cobrar ejecutivamente su deuda mientras no fuese ejecutada o se cancelase la hipoteca.

La solución negativa se impone, pues, como resolvieron los legisladores y los mejores juristas de Alemania, Italia y Francia.

# El comodato en nuestros días

CIRILO MARTÍN-RETORTILLO  
Abogado del Estado

## I. DECADENCIA Y RENACIMIENTO DEL COMODATO

Es un contrato de escaso contenido económico poco menos que en desuso en los tiempos modernos, en que los móviles altruistas—vecindad, amistad o, sencillamente, compañerismo—no operan, eclipsados, por razones que no obstante sus apariencias de cordialidad responden al más puro egoísmo, a la objeción de lucro y medro personal que todo lo invade. Lo animaba un sentimiento puro de buena amistad, de ayuda mutua, de recíproca colaboración, con la idea de servir, de ser útil el uno al otro, y superar así la dificultad, que bien la escasez o la pobreza del beneficiario no hubiera podido vencer sin la generosa prestación que caracteriza a este contrato.

Por eso Ruggiero decía que el contrato de comodato parece ser de aquellos que en las relaciones normales de la vida están fuera del campo jurídico y se hallan regidos por la costumbre y los deberes de amistad; son siempre cosas de poco valor aquellas cuyo uso se prestan (un libro, un arnés, un caballo), raramente un inmueble (1). Observación que ya había apuntado don Benito Gutiérrez, y que amplió con una perfecta sistematización el insigne Clemente de Diego.

Si de por sí tiene un nexo entre las partes más afectivo que jurídico, esto determina que cuando esos sentimientos afectivos decaen y las relaciones sociales se enfrián, ya por las violencias de la lucha de clases, ya por una idea errónea de autosuficiencia que les lleva a considerar como motivo de desdoro el tener que pedir nada a nadie y por otra parte, cuando el comercio se desarrolla de tal forma que es normal la abundancia de las cosas, ello explica la decadencia del comodato en los tiempos modernos y la escasa preocupación jurídica que esta figura ha despertado en nuestra época.

(1) ROBERTO RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*. Trad. por S. Suñer y Santacruz. Ed. Reus, 1944. Tomo II, pág. 439.

CARRERI, en *Il Comodato Il Mutuo*, Torino, 1950, contempla el comodato como una relación de cortesía y la solución adoptada por el Código de subordinar la perfección del contrato a la entrega de la cosa lejos de aparecer como una vieja reminiscencia romanística se ajusta a la esencia del negocio.

Pero terminada la Cruzada de liberación y cerradas las posibilidades importaciones nos encontramos con un déficit extraordinario en utilaje, material, en elemento de trabajo, etcétera. Ello provoca un estado de penuria, concretamente de precariedad y pobreza en determinados sectores que aviva los nobles sentimientos de ayuda y colaboración entre unos y otros ciudadanos y entonces el comodato renace en nuestra patria, generalizándose extraordinariamente y adoptando manifestaciones difíciles de prever, y surgen los inevitables pleitos, pues no obstante la esencial característica de la buena fe como tipificadora de este negocio jurídico, se producen los inevitables incumplimientos de lo pactado con la obligada secuela de los pleitos.

Es contrato de contenido económico pobre que renace en una situación transitoria si se quiere, pero de pobreza, de déficit económico como consecuencia principalmente de las devastaciones de la guerra y del bloqueo que injustificadamente impusieron a España las naciones vencedoras en la última conflagración mundial. Ante esta situación real, es el propio Estado el que por medio del Ministerio del Ejército cede a los labradores afectados por tales desastres, mulos y caballos del Ejército en número verdaderamente extraordinario para su uso en el campo español; no había casas donde pudieran vivir tantos españoles que habían perdido su hogar, y coactivamente impulsado por este estado de necesidad colectivo, se facilitaba su alojamiento temporal, característica de este contrato, a esas familias.

Es ahora precisamente cuando este contrato vuelve a recobrar actualidad y se generaliza bastante, sobre todo en ciertos sectores de la vida económica, como consecuencia del estado de penuria que la crisis económica aludida causó, sobre todo en la economía agraria de nuestro país. En ese estado de pobreza colectiva renace el contrato de comodato con su sencilla estructura convencional, utilizando los moldes clásicos, pero matizados con una mayor rigidez, precisamente por la quiebra que acusa la buena fe, base característica del clásico comodato, para suplirla con normas menos afectivas, pero más jurídicas y coactivas, porque, además, tienen una mayor estimación económica las cosas cuyo uso se cede, objeto de este contrato.

En este renacimiento del comodato en España ha sido el Estado el que ha venido a fomentar dicho contrato para dar solución o al menos atenuar el estado de necesidad a que se llegó en ciertas comarcas, especialmente en las clases agrícolas de la nación afectadas más directamente por las devastaciones de la guerra y por el brutal bloqueo a que las naciones vencedoras sometieron a España; de ahí el número considerable de caballerías que el Ministerio del Ejército cedió a los labradores e incluso la prestación de tractores propiedad de los Servicios del Estado, cuyo uso se ha facilitado a los particulares, a la vez que entre éstos se avivó la idea de ayuda mutua de colaboración amistosa.

para llevarlos a la prestación de cosas de mayor valor que antiguamente, pues una de las manifestaciones del comodato de nuestros días recae en la prestación de vehículos, incluso camiones, así como sobre maquinaria agrícola de valor y cuantía extraordinaria. Con ello, como decimos se han multiplicado las incidencias entre las partes, motivando ella buen número de litigios, por cuya razón hemos creído oportuno este trabajo, encaminado a considerar principalmente especiales matices que ofrece el comodato en nuestros días.

## II. CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE ESTE CONTRATO

Su concepto es de todos conocido; lo elaboró perfectamente el Derecho romano, lo recogió admirablemente nuestro Derecho histórico, como luego veremos, y la doctrina de los civilistas modernos coincide con rara excepción al señalar las características de este contrato, por lo que sólo muy brevemente hemos de referirnos a esta cuestión.

El comodato o préstamo de uso consiste en la entrega de una cosa—en posesión, no en propiedad—para hacer de ella un uso concreto y gratuito por un tiempo limitado. Estas características definen perfectamente las notas diferenciales con otros contratos afines. Así, la prestación de una bicicleta, cuando su uso es remunerado para el alquilador se convierte en contrato de arrendamiento con su característica de contrato consensual; en cambio, cuando se nos facilita el uso de la bicicleta graciosamente, aunque sea por el propio alquilador, el contrato es de comodato, con su característica de real (2).

Como decimos, se trata de un concepto perfectamente elaborado por los civilistas modernos, quienes coinciden en definir el préstamo de uso como contrato real, gratuito y unilateral por el cual el comodante entrega una cosa no fungible al comodatario para que haga de ella algún uso determinado y después se la devuelva.

Enneccerus dice que el comodato es la cesión gratuita de una cosa para su uso con estipulación de su futura devolución, estimando que es un contrato no rigurosamente unilateral. A su juicio, pueden ser objeto de comodato las cosas muebles e inmuebles, y también un determinado local de un inmueble, por ejemplo,

(2) El nuevo Código civil italiano, en su artículo 1.803, lo define diciendo que es un contrato, por el que una parte entrega a la otra una cosa mueble o inmueble a fin de que sirva por un tiempo y para un uso determinado, con la obligación de restituir la misma cosa recibida.

El Código suizo de las Obligaciones, revisado en 1911, considera al ~~leasing~~ y al comodato como contratos consensuales y bilaterales.

El nuevo Código italiano mantiene la configuración real del préstamo siquiera regule seguidamente el *factum de leasing*, o sea la promesa o preliminar de mutuo, que puede ser, según los casos, bilateral o unilateral.

una bodega, un sitio en un garaje, un lugar para vertedero (*comodatum loci*), criterio adverado por la práctica corriente en muchos pueblos de España, donde se autoriza con frecuencia el uso gratuito de la era, el del esquiladero, de secadero, etc., etc, constitutivos de verdadero comodato.

Los antecedentes históricos del comodato son también claros y concretos. Este contrato quedó perfectamente elaborado en el Derecho romano. En su iniciación implicó una relación ajena al *Ius civiles*, protegida por una *actio infactum* concedida por el *Pretor*. Después con una elaboración más completa surge el comodato propiamente dicho con una *actio comodati* directa e incluso con derecho de retención de su crédito, cuando el comodatario realice desembolso en la cosa que no se pueda considerar suficientemente compensado con el beneficio de su uso.

En el Derecho histórico español, ya en el Fuero Juzgo se perfila este contrato siquiera aparezca confundido con el mutuo y el depósito. Con más exactitud lo configura el Fuero Real en su título XVI, libro III, y en algunos fueros municipales se dibuja esta figura, aunque la nota general de estos es que omitan su regulación, no precisamente porque el comodato fuese desconocido, sino que como apunta don Benito Gutiérrez, debió quedar su regulación a las normas consuetudinarias, ya que como dice tan ilustre autor, «no es verosímil que las familias se privasen de este recurso, porque ninguna se basta a sí propia y el hombre más abundoso ha de necesitar alguna vez tomar prestadas las cosas de su vecino» (3).

Donde adquiere mayor perfección técnica este contrato es en las Leyes de Partida, cuya Ley I., título II, partida V, define este contrato en término castizo y reforzado con el ejemplo de forma que no deja lugar a dudas, las características diferenciales y la finalidad del mismo: «Commodatum es una manera de préstamo que facen los omes unos a otros, así como de caballos o de otra cosa semejante, de que se debe aprovechar aquel que la rescribió, fasta tiempo cierto. Esto se entiende cuando lo face por gracia o por amor, non tomardo aquel que lo da, por ende, precio de loguero nin de otra cosa ninguna. Commodatum quiere decir como cosa que es dada a pro de aquel que la rescribió. E todos aquellos que dijimos en las leyes del título ante dese, que pueden dar, e rescribir emprestadas las cosas que se suelen contar, o pesar, o medir; esos mismos pueden dar, e recibir tal préstamo como este, que se face de las otras cosas que non son desta natura, assi como de suso dijimos.»

Bien claramente el legislador de las Leyes de Partida pone de relieve la intención benéfica que según Paulo caracterizaba este contrato cuando nos dice que comodato quiere decir como «cosa

(3) BENITO GUTIÉRREZ: *Códigos. Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*. Madrid, 1871, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 199. Tomo V.

que es dada a pro de aquel que la recibe» y más aún cuando insistiendo sobre ello afirma «que se face por gracia o por amor non tomando aquel que lo da por ende precio de loguero ni de otra cosa ninguna». Este concepto lo desarrollan ampliamente los doctores Jordán de Aso y De Miguel en sus conocidas «Instituciones del Derecho civil de Castilla».

Los comentaristas y autores del pasado siglo se mantienen fieles al criterio clásico. Así llegamos al proyecto del Código de 1851, que lo define diciendo:

«Es un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra algunas de las cosas no fungibles para que use de ella gratuitamente y se la devuelva». Como puede apreciarse, no estuvo acertado García Goyena al dibujar la figura de este contrato, puesto que omitió consignar que la cesión del uso de la cosa se hacia por un tiempo determinado, omisión que bien pronto advirtieron los civilistas nacionales de fines del pasado siglo, aunque en general sea por la poca importancia que a este contrato daban, apenas mereció el estudio de los mismos.

Con estos antecedentes y los que ofrecía el Código civil de Napoleón, elaboró el legislador español la figura del comodato en el Código civil vigente, a cuyo precepto vamos a referirnos seguidamente.

### III. EL COMODATO SEGUN EL CODIGO CIVIL

El artículo 1.740 de nuestro Código civil define el comodato como una variedad del préstamo, diciendo que es el contrato por el que una de las partes entrega a otra «alguna cosa fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva», y copiando el artículo 1.876 del Código civil francés añade «el comodato es esencialmente gratuito», insistiendo en el siguiente artículo sobre esta característica que pudiéramos considerar esencial del comodato, al preceptuar que «si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato». Con esta reiteración queda bien caracterizado el comodato como negocio jurídico esencialmente gratuito.

Entendemos que no se desvirtúa esta característica porque ofrezca alguna ventaja para los dos contratantes, como sucede en el caso citado por Ruggiero, en el que uno presta su potro salvaje para que otro lo emplee en sus labores agrícolas y se lo devuelva domado; ni tampoco en el supuesto de que adquiera un mayor relieve la utilidad o conveniencia que derive de este contrato para el comodante, como acontece cuando preste el coche o el caballo para que otro vaya de romería o llegue a la ciudad y a la vez recoja un encargo, retire un documento o haga entrega de una carta en provecho del propio comodante, si la intención manifiesta de las partes es facilitar el uso de dicho vehículo o semoviente al comoda-

tario, siempre y cuando éste sea el cometido principal que determinó este negocio, que no queda neutralizado por la mera ventaja que a la vez pueda reportar al comodante. Incluso en el caso citado por Planiol de cesión de un derecho personal de caza a título gratuito en un predio de su propiedad, el beneficio puede alcanzar al comodante si por la abundancia de la caza se dificulta o impide el desarrollo de las plantas y su normal cultivo; el propietario cede el uso gratuito de un derecho de caza, móvil principal del contrato, del que también deriva beneficio para el comodante, puesto que con la eliminación de las especies de roedores favorece la explotación agrícola que antes era poco menos que imposible. Ni tampoco pierde sus características cuando la prestación del uso de la cosa, postulada por el comodatario, se facilita mediante su exhibición la venta de la misma.

El artículo 1.741 preceptúa que el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. Ciertamente que así ocurre, y ello es conforme a la tradición jurídica, pero la expresión empleada no es del todo acertada, puesto que en cierto modo viene a significar que sólo cabe el comodato sobre cosas propiedad del comodante, y ello no es así, puesto que recayendo este contrato sobre el uso de una cosa, puede establecerse sobre aquélla cuya propiedad no nos pertenezca. Basta con que tenga el comodante el uso y goce sobre las mismas atribuído en forma no personalísima para que le sea lícito la cesión del uso de dicha cosa. Por eso decía Pella y Forgas que pueden entregar en comodato no sólo los propietarios, sino los que detentan las cosas en cualquier forma o título jurídico.

Lo que realmente preceptúa nuestro Código en este artículo es que el comodatario sólo adquiere el uso de la cosa exclusivamente la utilización de la misma, el valerse de ella para atender a una necesidad transitoria y circunstancial, pero en ningún caso adquiere «los frutos» que dicha cosa pueda producir, ya que en otro caso este contrato perdería sus características para convertirse en un usufructo temporal (4).

Se ha discutido mucho, más que por los tratadistas ante los Tribunales, el alcance y extensión del *uso* para el que se entregaba la cosa. ¿Es para todo lo que ésta pueda servir? ¿Es sólo para uno concreto? Y apoyándose en antecedentes históricos se llegaba a la conclusión de que la cesión de la cosa se hacía para un *uso determinado*. La discusión hoy es bizantina, ya que dado los términos del artículo 1.741 del Código civil el comodatario «adquiere el uso de la cosa» naturalmente en toda su amplitud, si bien queda limitado en cuanto al modo y al momento de utilización de la misma, sin perjuicio, claro está, de que se establezcan por las partes limitaciones o condicionamiento de ese uso, bien impidiendo

(4) El T. S., en reciente sentencia de la S. 4.<sup>a</sup> de 30 de junio de 1953, declara que como en el comodato *no se transmite la propiedad ni la posesión strictis sensu* de la cosa entregada no puede nunca el comodatario *usucapir*.

do que participe en el mismo una persona determinada o fijando un período de tiempo que de esta forma viene a determinar el uso concreto para el que la cosa es cedida: v. gr., te dejo el coche para que vayas a las fiestas con tus amigos a condición de que no lleves a Juan o a Pedro, y que a las doce de la noche estéis de vuelta.

La determinación del uso para el que se cede la cosa viene impuesta por la naturaleza de la misma, conjugada con el fin perseguido y más que a un goce o disfrute parcial de la misma, cuando se habla de «uso determinado» se refiere a un disfrute limitado en el tiempo, y aunque durante el mismo abarque y comprenda las distintas aplicaciones de que la cosa sea susceptible, siempre y cuando no se tase y concrete a una cosa específica. Si se cede el auto o el caballo para que un amigo efectúe un viaje, no es lícito cargarlo de mercancía o efectuar un mayor recorrido que el determinado al hacer entrega de la cosa; si cede el lagar para una molturación no es admisible que en el mismo deposite un alijo de contrabando o mercancía clandestina sometida en su circulación a requisito de guía, etc. El uso queda determinado al solicitarlo el comodatario y al entregar la cosa precisamente para el servicio, para el objeto de la petición y por el tiempo que el pacto o la costumbre fija.

En el artículo 1.742 se establece que las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contratantes, a no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación a la persona del comodatario, en cuyo caso no podrán los herederos de éste continuar en el uso de la cosa prestada. Este precepto es casi reproducción literal del artículo 1.879 del Código civil francés.

El uso de la cosa prestada ha de entenderse limitado a la persona del comodatario y no es extensivo a un extraño. Lo impone así la especial naturaleza de este contrato ultimado por y para una persona determinada, y únicamente podrá hacerse extensivo a sus herederos, si por la objetividad de dicho uso no hubiere impedimento para ello, siempre y cuando no fuese ultimado «en contemplación de la persona del comodatario». La casuística ofrece una gran variedad de supuestos en que el carácter personalísimo del contrato, aunque parezca paradójico, tiene especial relieve conjugando las condiciones de la cosa con la aptitud del usuario; por ejemplo, si la cosa cedida es un fino perro de caza o una escopeta especial, si el comodatario es un experto cazador, no hay duda que el contrato se hizo contemplando la persona del comodatario, y por tanto de ninguna forma pueden continuarlo los herederos del mismo, que bien pudiera ocurrir que ni siquiera tuvieran simple afición de cazador.

Los artículos 1.743 al 1.748, ambos inclusives, se ocupan de las *obligaciones del comodatario*. El primero de estos artículos dice que el comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa.

prestada. Es natural que así sea, ya que si se aprovecha de ella, lógico es que subvenga a cuanto sea menester para que tal provecho pueda llevarse a efecto, y de ahí que corran a su cargo los gastos ordinarios necesarios para que el uso de la cosa se realice.

En nuestros días, son constantes las cuestiones que se suscitan precisamente por las nuevas manifestaciones del comodato en cuanto a los gastos derivados, o emanados del dicho uso, que no encajan precisamente en la categoría de los que el Código menciona como *necesarios*. Se ocasionan gastos que no son propiamente necesarios, sino que derivan de un uso llevado a efecto con cierta irregularidad legal. Nuestro legislador emplea la frase «necesidad» en un sentido meramente orgánico, de nutrición pudiéramos decir, pues no preveyó las modernas aplicaciones que el comodato pudiera tener en la época del maquinismo y del motor de explosión, en las que abundan casos de comodato en los que se producen gastos, que no son condición necesaria para el uso de la cosa, sino que derivan y sobreviene de dicho uso. ¿Quién debe pagar esos gastos? Con motivo de la prestación gratuita de unas máquinas cosechadoras a varios labradores, la Inspección de Hacienda de una provincia catalana, y lo propio ocurrió en una provincia aragonesa, desentendiéndose de la prestación gracia que de su máquina hicieron los propietarios, levantó acta a éste, a quien practicaron liquidación por contribución industrial. No hubo culpa alguna por los comodatarios, pero como la Administración fiscal giró la oportuna liquidación al comodante, precisamente por el uso y servicio que facilitó a los beneficiarios, entendemos que éstos vienen obligados a reintegrar de la cuota contributiva girada al cargo del comodante. Lo propio cabe decir respecto al caso tan repetido hoy en toda las provincias de España, en que el comodatario de un camión incurre en responsabilidad, bien por infracción del Código de Circulación o por comisión de un delito imprudencial. La sanción y la responsabilidad se le imponen al comodante como propietario del camión; en cambio, ésta surge cuando el vehículo es usado por el comodatario. Más grave son los casos que se han suscitado por aplicación de las leyes de Tasas, dando lugar que por el uso indebido del camión se imponga multa, o incluso se decrete el comiso del citado camión, ya que por no ser práctica corriente escriturar de forma auténtica estos contratos, cuando se produce una infracción legal, ni los organismos de la Administración, ni los Tribunales, aceptan tal supuesto; se desentienden, generalmente, de la existencias de estos contratos, y dejan caer el peso de las sanciones sobre el comodante que aparece propietario del mismo.

La medida de la responsabilidad del comodatario la define y concreta el artículo 1.744 al preceptuar que si destina la cosa a uso distinto de aquél para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del conocido, será responsable de su pérdida, aunque ésta sobrevenga por caso fortuito. Las consideraciones que ante-

riormente hacemos sobre uso distinto de la cosa, tienen aquí refrendo claro y concreto y no hay duda que en tales supuestos la responsabilidad recae sobre el comodatario. Las cosas tienen un riesgo proporcionado al uso que se haga de las mismas. Por eso, la primera y principal obligación del comodatario es destinar la cosa al uso para el que se lo entregó, y tenerla en su poder el tiempo por el que se le entregó. Si quebranta tan fundamental obligación jurídica, a parte de la des cortesía que ello implica ante la vulneración del contrato, viene obligado a responder de la pérdida de la cosa con todas sus consecuencias. También en este aspecto, los autores del C. c., al hablar de la pérdida de la cosa, lo hacen en sentido material y orgánico, sin prever las modernas aplicaciones del comodato; pero entendemos que hay que comprender en ella todas las formas y manifestaciones en que la cosa pueda perderse para el comodante. Si concretamos este supuesto a un camión, la obligación que tiene el comodatario de volver la cosa, se da igualmente el caso de destrucción del mismo que si por haber abusado de la confianza, y lo aplica para un transporte ilícito, la Fiscalía de Tasas dispone el comiso o incautación del mismo. No es lo mismo hacer un recorrido con el caballo prestado por un camino llano que lanzarse a trepar sendas montañosas o destinarla a labrar en zonas calurosas, donde la intensidad de calor puede provocar incluso la muerte; de ahí la necesidad de que el comodatario destine estrictamente la cosa al uso para el que la misma le fué cedida, a la aplicación concreta que de la misma le autorizó su legítimo dueño, y que el uso se efectúe precisamente en las mismas circunstancias, en el mismo lugar en que manifestó iba a efectuarlo cuando solicitó esta graciosa prestación (5).

La devolución de la cosa debe hacerse con los frutos de la misma.

Si el comodatario destina la cosa a uso distinto para el que le fué prestada y la retiene más tiempo que el convenido, entonces se comete un abuso, un uso ilegítimo que, según el Derecho romano, constituiría robo. Los textos clásicos presentan una variedad de ejemplos a este tenor verdaderamente curiosos: Valerio Máximo refiere que habiendo tomado a préstamo un particular, un caballo para ir a Alicia, fué condenado como ladrón por haber pasado con él la colina situada más allá de esta villa, y Bruto tenía costumbre de decir que incurría en las penas del robo el que hiciese andar a un caballo distinta ruta de aquella para la que le había tomado o mayor distancia de la que hubiese convenido. Entendían los jurisconsultos romanos que constituía robo el uso fraudulento de

(5) Con razón dice CASTÁN que la responsabilidad del comodatario es más rigurosa que la de los deudores ordinarios, pues lo que incluye en ella la pérdida de la cosa en los dos casos (destinándola a uso distinto de aquél para que se prestó o cuando se entrega con tasación, art. 1744). *Derecho de Obligaciones*, v. IV, 7.ª Ed. Reus 1953, pág. 442.

la cosa prestada, pues aunque el hurto no recaía en la cosa misma, recaía sobre el uso de ella.

Pothier pretendió hacer valer estos principios, pero en las legislaciones codificadas no aceptaron tal rigor, limitándose a sentar las dos conclusiones siguientes: 1.º El comodatario que traspasa los términos del contrato está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios. 2.º Responder de la pérdida ocurrida por fuerza mayor durante el ejercicio de un uso elegido. Conclusiones que admirablemente encontramos articuladas en la Partida quinta, título II, Ley 3.º, cuando decía:

«E esto seria, assi como si demandasse vasos de plata emprestados, con que beuiesse en su casa, e los leuase sobre mar, o en algund camino, e los perdiiese alla; o si pidiesse alguna bestia emprestada, para vna jornada, e la leuasse mas lueñe, e se muriesse, o se perdiessse alla. Ca en tales casos como estos, o en otros semejantes dellos, tenudo seria de pechar lo que rescibiesse prestado, maguer la cosa se perdiessse por ocasión: porque el dió carrera por do acaescio aquella ocasión, vsando della en otra manera que non deuia.»

Cuando la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito, según el artículo 1.745, responderá el comodatario del precio al no haber pacto en que expresamente se le exima de tal responsabilidad. Este precepto tiene una clara ascendencia de Derecho romano, cuyos textos provocaron verdaderas controversias, pues entendían que si las cosas perecen para su dueño, no tenía el comodatario por qué responder de esta culpa, olvidando que se trataba de una responsabilidad convencional voluntariamente pactada, que no es contraria a la equidad, por cuanto que no estando el comodante obligado a prestar la cosa, ni por consiguiente obligado a responder los riesgos del comodato, le es lícito no prestarla sino bajo esa condición. En el proyecto de Código de García Goyena, ya se articulaba este precepto diciendo que prestar una cosa con estimación de cierta suma, si se pierde por caso fortuito responde el comodatario del precio al no haber pacto eximiéndole de tal responsabilidad. Ello provocó también apasionada polémica en nuestros civilistas, que entendían implicaba una transformación del contrato para convertirse en una venta. Acertadamente, explicaba don Benito Gutiérrez el alcance de estas cláusulas, diciendo (6): «que el comodante ha tomado esta precaución para asegurarse de la restitución de la cosa o de su precio, y en caso de duda la equidad aconseja decidir a favor del comodante».

En los préstamos que ha hecho el Ministerio del Ejército de semovientes, siguiendo normas estatuidas, se efectuaban las entregas con tasación en la que el comodatario suscribía el oportuno im-

(6) Ob. cit., pág. 213.

preso, comprometiéndose a reintegrar al Estado «el importe de su valoración en caso de abuso o mal uso si se inutiliza o muere» dicho semoviente. De esta forma queda resuelto el problema de determinar el valor de la cosa prestada; para el caso de restitución en cuanto al precio, si se produce el abuso o el mal uso determinante de la muerte. Resolviendo litigio suscitado sobre esta cuestión, el Juzgado del Distrito número 1 de Primera Instancia de Sevilla, con fecha 20 de enero de 1951, dictó sentencia en la que entre otros figura el Considerando siguiente: «Que la parte actora, al hacer aplicación de la norma legal, se acoge a lo prevenido en la primera parte del artículo 1.745 del C. c., que establece que si la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito responderá el comodatario del precio...; mientras que la demandada, reconociendo la autenticidad de la cita legal, estima que es la última parte de dicho artículo, o sea, *al no haber pacto en que expresamente se le estima de responsabilidad*, la que conviene al caso de autos, con lo que dada la claridad con que se muestran los hechos y la simplicidad de las normas a aplicar... A estos efectos se ha de estimar evidente que si sólo apareciese el contrato la tasación del semoviente que se realiza al tiempo de la entrega, el comodatario vendría obligado a entregar al comodante el precio señalado aun en el supuesto de pérdida por caso fortuito; más la obligación impuesta a aquél inmediatamente de fijada en el documento la indicada tasación, demuestra plenamente que a tal principio absoluto han impuesto las partes serias restricciones que, concordadas lógicamente, conducen a la conclusión de exonerar al deudor de aquella obligación de carácter absoluto. Pero es que además, y con ello se cierra el ciclo de exoneración, si el deudor comodatario se compromete a reintegrar al comodante el importe de su valoración (la del caballo entregado), en el supuesto de que muera durante el tiempo que lo usufructe por abuso o mal uso de la que él haga, aparece notorio, entre otras razones, por interpretación a *sen su contrario*, que si falleciese el animal por causa que no obedezca a abuso o mal uso del que lo tiene en su poder, no entrará en juego la cláusula obligacional de reintegro, por lo que viene a ser de aplicación la última parte ya citada del art. 1.645, o lo que es igual, la existencia de pacto en el contrato por el que se nivela al comodatario de responsabilidad en los casos de pérdidas que no sea debida a dolo o culpa del mismo.»

Apelada dicha sentencia al igual que otras que se produjeron en Sevilla, las Salas de lo Civil de la Territorial, han establecido la doctrina que se condensa en el Considerando que transcribimos de la Sentencia de 25 de octubre de 1952: «Acertadamente calificados como de comodato el contrato celebrado entre las partes litigantes, con causa gratuita y tiempo de mínimo determinado por el que se realizó un préstamo de cosa no fungible, cual era el semoviente objeto del mismo, les son de aplicación las normas de nuestro Código Civil para tal contrato tipo, y específicamente el ar-

título 1.745 del mismo, que establece que salvo pacto en contrario, cuando la cosa prestada se entrega con tasación, el comodatario responde de su pérdida, aun en caso fortuito y como en el de autos existió, como el Juez, «*a quo*» aprecia tal pacto limitativo de responsabilidad legal y por el demandado se ha probado cumplidamente, frente a la ausencia total de pruebas por el actor que usó de la cosa prestada con la diligencia y cuidado normal, habiendo sobrevenido el siniestro por causas que caen dentro del área excluida de responsabilidad, por obra del pacto de exoneración referido.»

Con esta doctrina la cláusula de previa estimación pierde el valor absoluto que a la misma dieron los textos de Derechos clásicos, dejando a la apreciación del Juez «*a quo*» la interpretación de la cláusula de exención de la responsabilidad, por lo que será menester cuidar con el mayor interés la redacción de la citada cláusula para evitar que ella pueda perjudicar al propio comodatario.

De los deterioros que sobrevengan a las cosas por el mero uso y sin culpa suya no responde el comodatario. El art. 1.746 es claro y terminante. Lástima que no haya matizado de alguna forma el grado de diligencia exculpatorio de responsabilidad, pues la expresión «sin culpa suya», no obstante su claridad en el lenguaje usual es de una complejidad grande en el orden jurídico. Son muchos los casos en que lo aparentemente normal y cotidiano, entraña culpa por parte del que así actúa, si conociendo el estado delicado o concretamente la inadaptación de la cosa al clima o para la realización de trabajo que otros animales de la misma especie realizan normalmente, no adoptan una mayor precaución, unas medidas de prudencia precisamente por esa especial situación de la cosa prestada.

Según el 1.747, el comodatario no puede tener la cosa prestada a pretexto de lo que el comodante le deba aunque sea por razón de expensa. Bastante favorecido ya el comodatario por el uso de la cosa no admite el Código, y ello es de elemental justicia, que pueda retenerla so pretexto de lo que el comodante pueda adeudar. Tal derecho sería investirle de un privilegio inicuo y mortificante en extremo. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de junio de 1934, declara que el comodatario no tiene derecho de retención de la cosa prestada so pretexto de lo que el comodante le adeude. Téngase en cuenta que conforme al atr. 1.200 del Código civil la compensación no procederá cuando alguna de las deudas proviniere de depósito, o de las obligaciones del depositario o comodatario.

Se ocupa después nuestro Código «de las obligaciones del comodante», hecho paradójico en cierto modo puesto que, se considera el comodato, como contrato unilateral, siquiera este carácter no lo tenga de modo absoluto en todos los casos. Clemente de Diego decía, que propiamente del comodato como unilateral que es, no proceden, sino obligaciones para el comodatario, pues las supuestas obligaciones del comodante de entregar la cosa y responder de los gastos extraordinarios y vicios ocultos de la misma, la

primera es condición «sine qua non» del contrato, y las otras, se funda, en supuestos y razones distintos del mismo (7).

Planiol y Ripert, que consideran al comodato contrato unilateral entienden que al comodante ninguna obligación le alcanza emanada directamente del contrato, ello no obstante viene obligado:

1.º En virtud de la gestión de negocio a reembolsar al comodatario los gastos necesarios hechos por él para la conservación de la cosa.

2.º Como consecuencia de la responsabilidad que le corresponde en razón de su dolo, a indemnizar al comodatario por los daños que hayan podido causarle los vicios de la cosa prestada cuando el comodante los conocía y los ocultó (8).

Enfrente de los deberes del comodatario aparecen, dice don Benito Gutiérrez, los del comodante; deberes, añade tan docto civilista que no alteran el carácter unilateral de préstamo de uso, pues no los crea el contrato por una disposición principal, sino que proceden de la obligación llamada contraria por las Leyes Romanas, una obligación que se relaciona más con la materia de las obligaciones implícitas o de los quasi contratos, que de los contratos propiamente dichos.

Lo cierto es que nuestro Código Civil recoge en cuatro artículos las obligaciones del comodato. En el 1.749, se dispone que el comodante no puede reclamar la cosa prestada, sino después de concluido el uso para el que la prestó. Ya hemos dicho anteriormente que es nota característica de este contrato la cesión del uso de una cosa a un fin determinado en provecho y utilidad del comodatario, como decían las Partidas «con intención de fazer gracia al que lo rescibe» y por tanto hasta que ello se realice no podrá rescatar la cosa prestada, pues otra cosa sería vulnerar la esencia de este contrato con daño y escarnecimiento para el comodatario, pues si a éste se le cede el uso de una era, es lógico y natural que hasta que termine sus faenas de trilla y limpia, el comodante viene obligado a mantenerle en el uso de la misma. Puede reclamarla aún antes de terminar el uso si se estipuló que la restituiría al perderla el comodante, según la Sentencia de 18 de junio de 1900.

Recordemos que Paulo señalaba el quasi contrato como fundamento de esta acción contraria. No teníais, dice, obligación de hacerme el préstamo; solamente una intención benéfica os impulsó a prestarme este servicio; pero una vez consumado, habéis contraído la obligación de no hacer nada que contrarie este beneficio. Se opone a ello no sólo vuestro deber, sino la obligación compren-

(7) F. CLEMENTE DE DIEGO: *Curso Elemental de Derecho civil español común y foral*. Madrid, 1920. Tomo V, pág. 219.

(8) PLANIOL Y RIPERT: *Derecho civil francés*. Habana, 1946. Tomo XI, pág. 207.

Según CARRESI la obligación del comodante es de contenido negativo que no implica para él un *dare* o un *facere*. Ob. cit., pág. 49.

dida en la entrega de la cosa al comodatario, que la ha recibido con la esperanza de disfrutarla el tiempo señalado. De la misma suerte, el que se encarga de los negocios de un ausente no puede abandonarlo así, él debe procurar la consumación del contrato, sin lo cual el servicio no sería un auxilio para el comodatario, sino un origen de desengaño. El comodante, sostiene Gutiérrez, no puede reclamar a capricho la restitución de la cosa, pues aunque hubiera podido sin ofensa no entregarla al comodatario, le causaría injurias quitándolas antes de llegar el tiempo, o de haber hecho el uso para el que se la prestó (9).

Una excepción señala este art. 1.749 en cuanto a la facultad del rescate siempre que concurra causa especial para ello, y es cuando antes de vencer el plazo «tuviere el comodante urgente necesidad de ella». El texto es claro y a tenor del mismo, para que el comodante imponga la cesación en el uso de la cosa antes del tiempo de la concesión, es preciso concurra una necesidad propia cualificada por la urgencia. Si corriendo el tiempo del comodato, dice don Benito Gutiérrez, tuviese necesidad urgente de la cosa prestada, parece que no debería tener derecho a reclamarla, porque prestándola ha consentido tácitamente en privarse del uso de ella. Pero si la necesidad fuese imprevista y urgente, no podría negársele esta facultad, porque se presume que no quiso cederla sino en tanto que no la necesitase. García Goyena llama esta presunción, *juris et de jures*, para Gutiérrez no tiene tanta fuerza, es una consecuencia, pero no incontrastable de la índole gratuita de este contrato (10).

El art. 1.750 realmente tiene una colocación indebida, puesto que no define obligación alguna ya que se limita a consignar una norma de interpretación que ha debido situarse al definir el concepto del contrato, o si se entiende como parece que dicho precepto ha querido dibujar la figura del precario, entonces su colocación es igualmente impropia y mereció que hubiese encabezado un nuevo capítulo de este Título X.

Según dicho artículo, si no se pactó la duración del comodato, ni el uso a que había de designarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad, incumbiendo la prueba en caso de duda al comodatario.

Es difícil, por no decir imposible, que se dé tal situación, puesto que lo natural y corriente es que «la duración del uso cedido», «y la aplicación o uso a que había de destinarse la cosa», queda

(9) Obra cit., pág. 225.

(10) El T. S. en la sentencia de 30 de junio de 1953 declara que el comodatario habrá de devolver la cosa entregada para su uso cuando el dueño de ella la reclamase por imperio del art. 1749 del C. c., aunque no hubiere terminado el plazo establecido si el dueño la necesitaba... o se hubiere estipulado la devolución de lo entregado tan pronto lo reclamase el comodante siendo inaplicable el artículo 1750.

determinado bien en el contrato, o si no en estipulación concreta, se manifiesta de manera bien patente, por la propia naturaleza de la cosa y por el fin o aplicación manifestado por las prácticas usuales, por «la costumbre de la tierra».

Pero si a pesar de todo, conforme prevé el legislador en este artículo, no resulta señalado un uso determinado, ni el tiempo que éste va a durar, entonces el comodante puede «reclamarla a su voluntad», que es precisamente lo que tipifica el precario, como luego veremos. Es el único precepto de nuestro Código civil, donde encaja la figura del precario, omitida injustificadamente de nuestro Código, como igualmente se omitió en el Código civil francés, por considerar, en esa etapa de exaltado individualismo, como feneida la institución del precario, sin prever el gigantesco desarrollo que en la realidad jurídica había de tener y tiene en nuestros días, como lo atestigua la extraordinaria cantidad de litigios que en los Tribunales de España se promueven precisamente sobre el precario, siquiera éste se muestre hoy un tanto deformado de la configuración clásica del mismo.

Por último, el artículo 1.752 dispone que el comodante que conociendo los vicios de la cosa prestada no lo hubiere hecho saber al comodatario, responderá a éste de los daños que por aquella causa hubiera sufrido. Ciertamente, es obligación que no deriva propiamente del contrato. Es natural que prestando una cosa dañada si lo silencia y la entrega como buena responda del daño que de ello derive al comodatario, ya que faltó la *bona cide*, alma de este contrato, reemplazada por un doloso proceder. Ya lo declaró así el Digesto y lo reiteró la Ley de Partidas. Comentando análogo precepto del Código civil francés, Troplong dijo: «Cuando el comodatario viene a demandaros un servicio y hacéis degenerar este servicio en una causa de daños, cometéis una traición.»

Manresa, comentando este artículo, dice que el comodante está obligado a descubrir al comodatario los defectos de la cosa prestada, pues de lo contrario responde de los daños y perjuicios. ¿Qué epíteto bastante odioso, pregunta García Goyena, puede darse al hombre que sólo por favorecer presta a sabiendas una cosa que no puede ser empleada sin comprometer la vida, salud o fortuna del que la ha de usar?

Tengamos presente que, como dicen Pérez y Alguer, el comodante no garantiza el uso, como en el arrendamiento, el arrendador.

El precedente artículo, el 1.751, regula una de las obligaciones propiamente dichas del comodante derivadas más que del contrato del quasi-contrato, al preceptuar que el comodante debe abonar los gastos extraordinarios causados durante el contrato por la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlo, salvo cuando fuere tan urgente que no pueda esperarse el resultado del aviso sin peligro. El fundamento es claro, para evitar la injusticia que supondría que estos gastos extraordinarios realizados para mantener la sub-

sistencia de la cosa recayese sobre el circunstancial usuario de la misma, ello significaría, en frases de Manresa, un gravamen odioso. Pero el legislador impone la obligación del preaviso al comodante; medida de prudencia que hoy adquiere especial relieve teniendo en cuenta el costo en ocasiones elevados que suponen esos gastos extraordinarios para la conservación de la cosa cedida, sobre todo tratándose de semovientes, a los que ya se aplican los antibióticos, cuyo precio es bastante subido, y que no obstante su eficacia indiscutible no siempre el comodante lo estima necesario por considerar bastante viejos remedios caseros de costo insignificante. Lo propio ocurre con las reparaciones extraordinarias en vehículos de motor mecánico, cuyo uso haya sido cedido, que bien por sustitución de piezas o reparación de motor, han de pagar cantidades cuantiosas, por lo que deberá cuidar el comodatario para asegurarse del reintegro de estos gastos el ponerlo en conocimiento del comodante, para que como dueño y señor de la cosa decida si deben efectuarse tales desembolsos o no.

#### IV. ANALOGIAS Y DIFERENCIAS EN EL PRECARIO

Tienen de común el comodato y el precario que en ambos hay cesión del uso de una cosa, que en ambos ésta se hace gratuitamente, sin que medie remuneración ninguna; pero la diferencia entre ambos son bien notables. En el comodato se cede el uso de la cosa para un aprovechamiento concreto en cuanto al modo de realizarlo, y limitado en cuanto al tiempo concretamente para un uso determinado; y mientras que en el precario la cesión de la cosa se hace de una manera genérica, amplia, sin tiempo de duración prefijado, ya que el plazo queda indeterminado, pues dicha cesión puede revocarla el concedente por su simple voluntad. El comodato es un verdadero contrato; el precario, una mera situación de *facto*.

Según don Benito Gutiérrez, el precario se diferencia del comodato «en la instabilidad, porque no tiene tiempo ni uso determinado, y en la prestación de la culpa, pues como el que ha recibido la cosa en precario vive a merced del dueño, lo cual hace tan insignificante el beneficio, responde únicamente de la culpa lata y del dolo» (11).

En el Derecho moderno se mantienen más acusadas esas notas diferenciales, aunque la teoría general dominante es la de absorción del precario por el comodato, y hacen extensivo el régimen jurídico establecido para éste a los supuestos cada vez más raros que califican de precario por no haberse parado a considerar los casos de posesión degenerada o precario artificial, que la juris-

(11) Ob. cit., pág. 228.

prudencia de estas últimas décadas viene considerando como precario.

Nuestro Tribunal Supremo, en la Sentencia de 21 de junio de 1934 declaró que, según el artículo 1.790 del Código civil, si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad, cuyas circunstancias caracterizan la especie precaria, dentro del género comodato, mediante la oportuna acción de desahucio.

Castán es el que concreta y perfila con mayor exactitud esas notas diferenciales. En el Derecho romano, dice, no tuvo el comodato un concepto tan amplio, pues se requería para que existiese este contrato que la cosa se entregase para un *uso determinado*; si no se hiciese la determinación de tiempo, finalidad ni modo, el contrato se llamaba precario. En los Códigos modernos, concluye tan ilustre civilista, suele estar el precario incluido y refundido en el comodato (12).

Tanto en el precario como en el comodato se cede el uso de la cosa sin contraprestación alguna; es decir, sin que el usuario tenga que ejecutar o pagar nada a favor del concedente (13); pero en el comodato esta cesión se hace condicional, la cosa se entrega para un uso y por un tiempo definitivos y determinados en el propio contrato o por la costumbre del lugar, v. gr., el trillo o la máquina limpiadora que un vecino cede a otro gratuitamente para su utilización en los días mismos de la recolección, aun cuando al cederlos se omita por innecesario el uso y tiempo que va a durar esa cesión, ello queda determinado por la costumbre del lugar y se entenderá limitada a la ocupación de trilla y limpia y por el tiempo necesario para efectuar estas manipulaciones, mientras que en el precario la cosa se entrega naturalmente para el uso normal de la misma, pero sin que el tiempo de goce esté limitado, aun cuando la terminación del mismo dependa sólo de la voluntad del concedente.

Nuestro Código civil, como inspirado en el francés, consideró fenecido el precario, y se limitó en el artículo 1.750 a disponer que si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, puede el comodante reclamarla a su voluntad, regulando así una situación que guarda indudable analogía con el precario, pero que a poco que se reflexione nos permitaremos de que se trata de un caso típico de comodato especial, pero no del precario clásico, ni menos del precario artificial elaborado por la jurisprudencia. No siguió nuestro Código la trayectoria que impedía nuestra tradición jurídica, hondamente enraizada en el Derecho romano, sino que recogió las variaciones

(12) *Derecho civil español y foral*. Madrid, 1927, pág. 596.

(13) Vd. C. MARTÍN-RETORTILLO: *El precario en el Derecho civil español*. Madrid, 1949. Editorial Aguilar.

contenidas en el proyecto del 51 de García Villena, que en este punto plagió en su primera parte el artículo 1.651 del Código de Austria; pero omitió precisamente el último párrafo del mismo, en el que se consignaba que si no se pactó duración del comodato y podía rescatarse la cosa a voluntad del comodante, «en este caso no se forma sino un préstamo precario». También el Código de Chile contiene esta especial salvedad, al preceptuar en su artículo 2.194 que el «comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo».

### RESUMEN DE LOS PUNTOS DIFERENCIALES

Tiene verdadera importancia la diferenciación de ambas instituciones, sobre todo desde un punto de vista procesal, y por ello es interesante dejar bien sentadas las notas diferenciales de una y otra instituciones, y que pueden sintetizarse en los términos siguientes:

1.º Por la intención de las partes, deducidas naturalmente de los términos del contrato o de las circunstancias concurrentes en el hecho.

2.º En cuanto al tiempo de duración de la cosa, por cuanto en el comodato se hace por tiempo determinado y concreto, según pacto o la propia costumbre del lugar, atendida la naturaleza de la cosa, mientras que en el precario la cesión se hace por un tiempo indeterminado, que puede ser de mayor o menor duración, y que no viene prefijado por las partes, sino que única y exclusivamente depende de la voluntad del concedente.

3.º Atendiendo al fin, por cuanto generalmente el comodato se hace para que el comodatario resuelva una situación pasajera, circunstancial, reducida a plazo breve, a lo sumo de temporada, mientras que en el precario la cesión tiende a satisfacer necesidades permanentes de precarista, y por un tiempo prolongado; y

4.º Por la extensión que se concede al uso de la cosa, ya que en el comodato se limita a lo que pueda ser útil para el comodatario exclusivamente; en cambio, en el precario se consiente un uso lucrativo para el precarista, que puede especular y beneficiarse con los rendimientos que obtenga con dicho uso, que si no está limitado en cuanto al tiempo, tampoco suele estarlo en cuanto a las aplicaciones que el precarista puede darle.

# Algunas reflexiones en torno a la Ley de régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada

MANUEL GONZALEZ ENRIQUEZ  
Notario

Al fin, tras largos años de vida extralegislativa, la sociedad de responsabilidad limitada ha recibido su consagración legal por obra de la Ley de 17 de julio de 1953, dos años después, exactamente, de la discutida regulación normativa de la sociedad anónima. Dicha Ley debe, en principio, ser recibida con alborozo por todo jurista español, ya que pone término a una situación de inseguridad que, si bien no sobrecogía a la práctica, siempre dispuesta a cualquier aventura que pueda asegurar a la vida mercantil una mayor libertad de movimientos, sí producía con frecuencia escrúpulos e inquietudes a los juristas amantes de investigar hasta el fondo la justificación y viabilidad de los fenómenos jurídicos. Prueba de ello es que, periódicamente, han venido surgiendo en la doctrina posiciones contrarias a la admisibilidad legal de la sociedad de responsabilidad limitada, como manifestaciones de una convicción profunda que no se dejaba seducir por la avasalladora realidad práctica del nuevo tipo social (1).

El dar fin a esta situación basta para justificar la Ley que ahora nos ocupa, aun prescindiendo de sus soluciones concretas a los problemas iniciales planteados. Y hay que hacer constar que el primero de tales problemas era el relativo a si había de admitirse o rechazarse la sociedad de responsabilidad limitada, con todo lo que significa de entrega de la materia de responsabilidad patrimonial a la autonomía de la voluntad. Lo que habría que precisar es hasta qué punto la solución adoptada venía predeterminada por las circunstancias; es decir, si, atendidos los ineludibles problemas de validez jurídica (2) que había de plantearse *a priori* el legislador, era posible ir contra la corriente de los hechos hasta

(1) V. citas en LÓPEZ LÓPEZ Y GONZÁLEZ ENRIQUEZ: *Significado y régimen jurídico actual de la sociedad de responsabilidad limitada*, A. D. C., V-2, 1952, págs. 607 ss., esp. n. 7 ss., págs. 611 ss. Este trabajo constituye a su vez el último, antes de la Ley, en que se trata de impugnar la admisibilidad de la sociedad limitada en el Derecho entonces vigente. En el presente no hemos podido contar con la valiosa colaboración de Jerónimo López López, por circunstancias muy ajenas a la voluntad de ambos.

(2) Vid. F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I. 2<sup>a</sup> ed., 1949, páginas 30 y ss.

conseguir eliminar este tipo social de la vida mercantil española. No estamos en condiciones de juzgar las razones de política legislativa que en este aspecto haya tenido que hacer jugar el legislador. Por esto no cabe criticar su solución. Lo evidente es que hoy día no cabe ya dudar acerca de la legalidad de la sociedad de responsabilidad limitada. El legislador, dejándose arrastrar por la realidad extralegal, la ha consagrado clara y abiertamente al sentar, en el párrafo 2.<sup>o</sup> del artículo 1.<sup>o</sup> de la Ley, una rotunda excepción al principio general de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del C. c.

\* \* \*

Hay que admitir sin embargo que, al menos en su letra, el precepto últimamente citado no se nos presenta como excepción al artículo 1.911 del Código civil, sino como algo al parecer vinculado a la concesión de personalidad jurídica a la sociedad. Aparentemente, no hay limitación alguna de responsabilidad: los socios no responden personalmente porque sólo responde la sociedad, que es la deudora. No obstante, la limitación está allí, aunque no se vea. Resumiendo lo que dijimos en otra ocasión (3) hemos de recordar que la consagración legislativa de la sociedad de responsabilidad limitada es un paso decisivo en la evolución operada en torno al sentido de las limitaciones de responsabilidad. De ser un privilegio otorgado a las empresas de gran trascendencia para la economía nacional y que sólo pueden funcionar, por su gran envergadura, a base de la aportación patrimonial de gran número de personas que han de estar forzosamente alejadas de la gestión social, ha pasado a ser una posibilidad legalmente ofrecida a la libre autonomía del individuo para su comodidad en el ejercicio del comercio. El que se exija un hecho asociativo sujeto a determinadas limitaciones carece de trascendencia; y no sólo por la facilidad de simularlo, sino, sobre todo, porque el contrato de sociedad, en sí mismo, no es capaz de justificar la limitación de responsabilidad. El elemento que en tal sentido se suele considerar decisivo, la supuesta personalidad jurídica, no sirve al efecto, por tener, según ya dijimos, otro significado y finalidad. Y no cabe decir que si bien en su día la personalidad se otorgó con otros fines, hoy, en la Ley que nos ocupa, su concesión está conscientemente vinculada a la plena autonomía de responsabilidad. Pero es que la personalidad es utilizada por la Ley en dos sentidos diferentes: como reconocimiento de la calidad de miembro independiente de la comunidad, calidad que merecen, por sus características y consistencia, ciertas entidades distintas de las personas físicas, y como mero instrumento técnico para conseguir determinados y limitados efectos unificadores: así, en materia de domicilio, de representación, de separación patrimonial y,

(3) *I. o. c. cit.*, págs. 614 y ss.

en general, de actuación formalmente unificada en el tráfico jurídico. En este último aspecto se puede reconocer al legislador cierta libertad para el otorgamiento de personalidad. Pero no así en el primero, en el que no se puede admitir que se convierta en miembro de la comunidad a algo que en sí mismo no merezca tal consideración. Y no cabe duda: por una parte, de que el hecho de que varios parientes o amigos se unan para negociar juntos no es motivo suficiente para que la comunidad admita esa unión como miembro independiente de las personas físicas que detrás se amparan. Y por otra, de que la autonomía de responsabilidad está ligada solamente al primero de los sentidos indicados de la personalidad jurídica. En efecto, sólo cuando ante los ojos de la comunidad merece una entidad la consideración de miembro independiente se puede prescindir de las personas físicas que la integran a la hora de responsabilizar patrimonialmente la actuación de la misma. Si la limitación de responsabilidad viene vinculada a la personalidad en el segundo sentido expresado, no es, por tanto, consecuencia de ésta, sino algo artificialmente añadido por el legislador. La limitación no es producto de la personalidad, sino del pacto, de la autonomía de la voluntad. Y es tal limitación en el sentido de que, a pesar de que formalmente, externamente, la única responsable sea la sociedad como persona, en el fondo, sustancialmente, los responsables son los socios, si bien sólo responden con el patrimonio social como patrimonio separado; en efecto, hasta estos estratos de lo sustancial no llega, ni puede llegar, la virtualidad unificadora de la pretendida personalidad jurídica, ya que una sociedad de responsabilidad limitada, por el mero hecho asociativo, no puede merecer la consideración de miembro independiente de la comunidad. Se trata, por consiguiente, de una limitación objetiva, esto es, en cuanto a los objetos con los que se responde.

Una vez comprobado que la limitación de responsabilidad no es consecuencia espontánea del lazo asociativo, sino algo yuxtapuesto artificialmente a éste, es preciso admitir que tal lazo no puede justificar la limitación y que es indiferente que el pacto limitativo vaya o no unido al mismo. Por ello, los partidarios de la limitación de responsabilidad del comerciante individual han de ver en la consagración legislativa de la sociedad de responsabilidad limitada el paso decisivo hacia la consecución de sus fines.

No hay, sin embargo, que culpar demasiado de esto al legislador actual. Una vez aceptada la evolución de la sociedad anónima (4) y colocada la Ley en la posición de marchar a rastras de los hechos, lo que sucede con la sociedad de responsabilidad

---

(4) Vid. F. DE CASTRO: *La sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, A. D. C., II-4, 1949, págs. 1307 y ss.; y nuestro trabajo cit., págs. 629 y ss.

limitada no es sino una consecuencia ineludible de dicha evolución.

Por otra parte, aún faltan algunos estadios para que ésta se consume totalmente. Y, en tal sentido, la Ley que nos ocupa puede significar un cierto freno e incluso un retroceso respecto de la situación anterior. En efecto, antes de la Ley, tal como la práctica había concebido la sociedad de responsabilidad limitada, resultaba evidente que entre dicho tipo social y la sociedad anónima cubrían todo el posible campo de formas y finalidades asociativas en cuanto a organización y características internas y externas ajenas a la propia limitación de responsabilidad. Esta no venía vinculada a determinados caracteres sociales imperativos, sino que dependía sólo de la voluntad de los socios el limitar o no su responsabilidad. La sociedad limitada venía así a ser una sociedad con responsabilidad limitada que no era una anónima. Ahora, por el contrario, se ha configurado la limitada con una serie de notas de índole coactiva que, como veremos más adelante, la convierten en una sociedad análoga a la anónima, pero con una mayor simplicidad y ciertas concesiones al influjo del *intuitus personarum*; en cambio, una sociedad que responda a las finalidades y organización de la colectiva carece de todo posible encaje en las actuales mallas legales. Por consiguiente, la limitación de responsabilidad queda sujeta a ciertas restricciones; no aparece como un puro producto de la autonomía de la voluntad, sino como una concesión otorgada en atención a ciertas características de un determinado grupo de sociedades. El concepto legal de participación social, que después intentaremos desentrañar, es decisivo en este sentido. Hemos de reconocer que se trata de un freno muy débil; pero supone un asidero que todo partidario de la plena responsabilización patrimonial de la conducta de la persona debe defender con todas sus fuerzas. Lo contrario tal vez podría conducir a que el principio de entrega de esta materia de responsabilidad a la absoluta autonomía de la voluntad (5) intentase abrirse camino entre los que, al amparo del artículo 6 del C. c., son Derecho positivo vigente.

Ahora bien: para sostener la viabilidad de este freno es preciso despejar previamente un problema: la sociedad de responsabilidad limitada surgió a nuestra vida jurídica con ciertos visos de legalidad en virtud del criterio liberal del Código de comercio, y en especial del *numerus appertus* que, en materia de tipos sociales, consagra el artículo 122 de dicho cuerpo legal. Este último precepto continúa vigente. ¿Cómo impedir, pues, que a su amparo nazcan otros tipos de sociedades que con un nombre u otro limi-

(5) En el sentido de que ésta podría determinar hasta qué cuantía habría de responder el sujeto, o con qué objetos habría de hacerlo, no respecto de una deuda determinada, sino de todas las posibles deudas que pudiera contraer, al menos dentro de un determinado sector de su actividad. No nos referimos aquí, por el contrario, a otros sentidos de la expresión «limitaciones de responsabilidad».

ten arbitrariamente la responsabilidad de sus socios sin sujetarse a las características coactivas que la nueva Ley asigna a las de responsabilidad limitada? A nuestro juicio, el problema debe resolverse en sentido contrario a la posibilidad últimamente apuntada. Y ello no sólo por las razones en virtud de las cuales discutíamos antes de la reciente Ley la admisibilidad de la sociedad de responsabilidad limitada, sino porque, además, así resulta de la intención y finalidad de la referida Ley, en combinación con la de sociedades anónimas. Es decisivo al efecto, como elemento interpretativo de elevado valor, el siguiente párrafo de la Exposición de motivos de la segunda de las Leyes citadas: «De este modo los beneficios de la limitación de responsabilidad podrán ser conseguidos por el cauce de la sociedad anónima para las empresas de gran entidad económica y por el de la sociedad de responsabilidad limitada para las de tipo económico más modesto.» En igual sentido la Exposición de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada habla de este tipo social como «un tipo de sociedad que si, de un lado, utiliza la prerrogativa de la limitación de la responsabilidad del socio, de otro sirva de instrumento eficaz para las empresas de volumen económico más modesto y de menor número de socios que las de forma anónima». Es decir, se pretende que toda sociedad no anónima que desee limitar la responsabilidad de sus socios haya de adoptar la forma de sociedad limitada. Entre ambos tipos cubren todas las posibles formas asociativas a las que la Ley estima admisible vincular la prerrogativa de la limitación de responsabilidad. Un nuevo tipo supondría un fraude a las leyes en cuestión. Por consiguiente, el criterio de *numerus appetitus* del artículo 122 del C. de c. queda relegado a las sociedades de responsabilidad limitada, habiendo sido plenamente eliminado en cuanto a las que limitan la de sus socios. No obstante, hubiera sido preferible que así se hubiese hecho constar expresamente (6).

Por todas las consideraciones apuntadas, la Ley de 17 de julio de 1953 significa un mal menor y prácticamente inevitable. Es cierto que supone un paso decisivo y gigantesco hacia la derogación de aquel principio, digno de toda añoranza, que afirmaba de manera coactiva la responsabilidad patrimonial universal, como fiel reflejo, en lo patrimonial, de la responsabilización de la propia conducta, inherente al concepto mismo de persona. Pero, asimismo, es evidente que, respecto de la situación anterior, implica un mejoramiento en cuanto que restringe el ámbito de libertad en que se movía la voluntad en materia de limitación de responsabilidad. Refuerza el nuevo tipo social al otorgarle un sólido fundamento legal, pero recorta y restringe su esfera de acción. En tal sentido,

(6) Por ahora, admitida la sociedad de responsabilidad limitada, no es de esperar que surja el problema. Pero si puede surgir más adelante, de acuerdo con las nuevas orientaciones y necesidades de la vida mercantil, siempre difíciles de prever.

debemos apoyar enérgicamente lo que la Ley significa y colaborar plena y ampliamente con ella en la medida de nuestras posibilidades.

\* \* \*

Sabido es que en el régimen anterior a la vigente Ley la discusión más intensa de las que promovió la sociedad de responsabilidad limitada fué la relativa a su naturaleza jurídica y, más concretamente, a su posible adscripción a los grupos, confusamente delimitados, de sociedades personalistas y capitalistas. La cuestión no tenía una trascendencia meramente teórica, puesto que su interés principal radicaba en que, a través de la solución que se le diese, se pretendía establecer el régimen aplicable por analogía al tipo social en cuestión, huérfano de legislación directamente aplicable. Ultimamente pareció prevalecer una solución en cierto modo escéptica y casuística (7), y la propia Exposición de motivos de la Ley que comentamos dice que «más bien que a adscribirla, dentro de la clasificación un tanto arbitraria de sociedades personalistas y capitalistas, a uno de tales grupos, se ha procurado dotarla, con la presente regulación, de la flexibilidad prometida...». Hoy día, al hacerse innecesaria, al menos en términos generales, la búsqueda de preceptos analógicamente aplicables, parece haber perdido importancia la cuestión. No obstante, subsiste otra, conexa con aquélla, si bien diferente en el fondo: la de si la nueva Ley asimila la sociedad de responsabilidad limitada a la anónima, si bien dotándola de una mayor sencillez y flexibilidad, o bien la concibe a la manera de una sociedad colectiva en la que se injerta el principio de limitación de la responsabilidad. Este problema tiene importancia, no sólo por su natural interés teórico, sino por razones de índole práctica: su solución permitirá extraer los principios básicos en que se apoya la Ley, decisivos a efectos interpretativos, e incluso de aplicación analógica de preceptos dictados para otros tipos sociales, en caso de lagunas de la Ley, dentro, claro es, de los límites que imponen los especiales requisitos de la aplicación de normas por analogía (8). Además, dicha solución es decisiva para el problema tratado más arriba, ya que si la sociedad limitada se aproxima francamente a la anónima, es mayor el freno que la nueva Ley opone a la evolución en marcha en materia de limitaciones de responsabilidad.

Es también sabido que, dentro de la enorme variedad de formas que la práctica española ofrecía en materia de sociedades de responsabilidad limitada, se advertía una marcada tendencia a configurar este tipo social como una colectiva con limitación de responsabilidad. Pues bien: a nuestro juicio, la Ley señala pre-

(7) V. LÓPEZ LÓPEZ Y GONZÁLEZ ENRIQUEZ, loc. cit., págs. 631 y ss.

(8) V. sobre este problema LÓPEZ LÓPEZ Y GONZÁLEZ ENRIQUEZ: *La analogía y la doctrina legal en la sociedad de responsabilidad limitada*, A. D. C., VI-1, 1953, págs. 249 y ss.

cisamente una reacción frente a esta tendencia y trata de construir una anónima sencilla y flexible. Es cierto que repetidas veces se nos advierte que se desea mantener una actitud de equidistancia entre ambas posiciones extremas (9). Pero la realidad desmiente ese propósito. Ya las frases antes transcritas de las Exposiciones de motivos de la Ley de sociedades anónimas y de la ahora comentada permiten comprender que lo que se trata es de adaptar la sociedad anónima a las necesidades de las empresas de pequeño volumen económico. Pero entre la colectiva y la anónima media un abismo de trascendencia muy superior a la que puede imponer el diferente volumen de la empresa regida por la sociedad. La colectiva está concebida pensando en la agrupación de varias personas que se unen para negociar juntas lo mismo que podían negociar separadas; las personas de los socios se hallan en primer término para todo: responsabilidad, gestión, firma social, etc. La anónima, por el contrario, es una entidad corporativamente organizada, en cierto modo, en la que el socio es sólo un señor que se esconde tras un trocito de capital que ha aportado y que le confiere una serie de derechos respecto de algo que no es «su negocio», sino un negocio despersonalizado. Esta contraposición, que es la básica, y que sólo por aproximación y con muy limitadas consecuencias puede permitir hablar de sociedades personalistas y capitalistas, es diferente de las que se apoyen en la importancia económica de la sociedad, en el número de socios, en la sencillez o complejidad de organización interior e incluso en la existencia o inexistencia del *intuitus personarum*. Por ello, lo que tenemos que averiguar, respecto de la limitada, es su posición en la primera de las contraposiciones señaladas, a la vista de la regulación que da la Ley.

A) El punto de partida ha de ser el régimen de responsabilidad. Antes de surgir la Ley se discutía si dicho régimen era asimilable al de la sociedad anónima o al de la sociedad colectiva, si bien con una limitación, hasta cierta suma, de la responsabilidad de los socios. Es decir, si respondía sólo la sociedad con su patrimonio, aunque como es natural, los acreedores sociales pudieran ejercitar la acción subrogatoria si el socio era deudor a la sociedad, o bien respondían asimismo los socios directamente frente a los terceros, con responsabilidad limitada hasta cierta suma, doctrina esta última que vendría a situar al socio de la sociedad limitada en posición análoga a la que según un sector de la doctrina, ostenta el comanditario (10). La Ley ha zanjado de plano toda dis-

(9) V. la Exposición de Motivos de la Ley y los discursos pronunciados en Cortes en defensa del proyecto de Ley, por el ilustrísimo señor Director General de los Registros y del Notariado, y por el excellentísimo señor Ministro de Justicia, publicados ambos en la Revista de Derecho Notarial, I-II, julio-diciembre 1953, págs. 299 y ss. y 306 y ss. respectivamente.

(10) V. LÓPEZ LÓPEZ Y GONZÁLEZ ENRIQUEZ: *Significado*, nota 44, pág. 626.

cusión al decir, copiando textualmente la de sociedades anónimas, que «los socios... no responderán personalmente de las deudas sociales» (art. 1.º, párr. 2.º). Resultan ahora indiferentes las consideraciones que antes hicimos en torno a este precepto a propósito del significado de la personalidad jurídica en materia de sociedades, ya que en lo externo es efectivamente la sociedad, como unificación formal de las personas de los socios, la que responde única y exclusivamente. Los terceros carecen de toda acción directa contra los socios (11). Sólo podrán ejercitarse la subrogatoria en caso de que el socio deiba algo a la sociedad, como la podrían ejercitarse respecto de cualquier otro deudor de la misma (12).

Este régimen de responsabilidad tiene interés a nuestro propósito en dos aspectos: de una parte, porque supone una asimilación directa a la anónima en cuanto que elimina, respecto de los terceros, a las personas de los socios y a sus patrimonios. No se trata simplemente de favorecer al socio otorgándole la ventaja de no responder sino hasta cierta cuantía, sino de mantenerle plenamente excluido de toda relación directa con terceros, esto es, de despersonalizar toda la materia de responsabilidad. Por otra parte, el interés deriva de que la mera adopción de este régimen de responsabilidad impone una serie de medidas precautorias y de garantía de los intereses de terceros que han de asimilar más aún la limitada a la anónima, puesto que los problemas son idénticos en ambos casos. Podemos citar entre tales medidas:

a) La prohibición de que se adopte una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente (art. 2), a fin de evitar confusiones a los terceros; en la colectiva lo único que interesa es que quien dé nombre a la sociedad pertenezca a ella y responda, por tanto, ilimitadamente. Aquí la persona no importa, pero se exige, en cambio, la plena identificación de la sociedad, esto es, del único patrimonio responsable.

b) Puesto que los acreedores no pueden dirigirse contra los socios, interesa que la sociedad posea, desde el primer momento, una base patrimonial lo más firme que sea posible, es decir, que el capital que se ofrece como garantía a los terceros se halle respaldado por un patrimonio efectivo, y, si cabe, no reducido a meros derechos de crédito contra los socios. Ahora bien, en este aspecto, la Ley se ha mostrado más rigurosa con la sociedad li-

(11) GARRIGUES, EN GARRIGUES-UXELA: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, Madrid, 1952, págs. 109-110, ha pensado en la posibilidad de admitir tal acción directa en la Sociedad Anónima, lo que nos parece insostenible; la solución que se obtenga debe ser análoga en ambos tipos sociales, por la igualdad de régimen de responsabilidad y de preceptos legales.

(12) La acción subrogatoria ofrece en la actual regulación legal de la sociedad de responsabilidad limitada menos ocasiones de actuación que en otros tipos sociales, dada la necesidad de que el capital social esté, desde un principio, totalmente desembolsado; será posible tal acción, no obstante, en caso de percepción indebida de beneficios por el socio, de devolución indebida de aportaciones, etc.

mitada que con la anónima; en ésta se requiere la plena suscripción del capital y un desembolso mínimo de la cuarta parte (artículo 8). En la limitada se exige, por el contrario, el desembolso inicial íntegro (art. 3), lo que implica, como es natural, la suscripción íntegra, aunque el concepto de suscripción no sea plenamente adaptable a este tipo social. Dicha exigencia trae su origen del proyecto de reforma del libro II del C. de c., elaborado en 1926, de donde fué recogida por una S. T. S., de 4 de febrero de 1929, y corroborada, en cierto modo, por una Res., de 11 de agosto de 1943. No obstante, su fundamento dista mucho de estar claro (13). La Exposición de Motivos nos dice: «Por otra parte, no existen aquí las razones que puedan justificar la distinción, propia de la sociedad anónima, entre capital suscrito, desembolsado y autorizado. Las grandes empresas acometidas por ésta exigen una masa de capital de maniobra en poder de la sociedad. En cambio, la de Responsabilidad Limitada deberá tener completamente desembolsada la cifra del suyo, que forzosamente tenía que limitarse en esta Ley....» Y el excelentísimo señor Ministro de Justicia, en su discurso en Cortes acerca de la Ley que nos ocupa (14), se expresó así: «En el proyecto de Ley de la Limitada sólo se admite el sistema de fundación simultánea, en un solo acto, exigencia ésta derivada de su propia naturaleza jurídica, en cuanto requiere el otorgamiento de la escritura por todos los socios, por sí o por medio de apoderado, y, desde su origen, la suscripción y desembolso total de su capital.» En lo relativo a la suscripción total, no cabe oponer objeción alguna, y lo mismo se puede decir de la inadmisión del concepto de capital autorizado. Ahora bien, en cuanto a la necesidad del desembolso total, hay que observar:

1.º Que el no desembolsar total e inicialmente el capital puede responder a intereses perfectamente lícitos de los socios, ya que también en empresas de pequeño o mediano volumen económico sucede, a veces, que no se necesita, desde un principio, poner en juego todo el capital que en su día será necesario para el funcionamiento de la empresa, y, además, por una parte, no se quiere estar supeditado a una futura elevación de capital, siempre más incierta, y, por otra, no se quiere desembolsar un capital que va a permanecer inactivo. La prueba de tal utilidad está en que, antes de la Ley, se ha practicado, o intentado practicar, con frecuencia, el sistema que ahora resulta prohibido.

2.º Que, siendo cierto lo anterior, no parece que haya razón para mostrarse más riguroso con la sociedad limitada que con la

(13) Vid. críticas a tal régimen en NAVARRO AZPEITIA: *La configuración de la Sociedad Limitada a través de la práctica notarial*. «Rev. Der. Priv.,» 1942, pág. 32; ARENAL Y GARCÍA DE ENTERRÍA: *Recientes modalidades en el Derecho de Sociedades*, An. Ac. Matr. Not., V, págs. 582 y ss.; y GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho Notarial*, I, Madrid, 1946, pág. 273, núm. 16.

(14) Loc. cit., pág. 311.

anónima, puesto que, por el contrario, se trata de dotar a aquélla de una flexibilidad mayor.

3.º No parece que tenga mucha relación este problema con el de la existencia o inexistencia de un proceso fundacional complejo.

Se ha eliminado, en cambio, en la Ley un precepto del proyecto (art. 9, ap. 1) (15), según el cual «las aportaciones dinerarias se acreditarán ante el registrador mercantil que haya de inscribir la sociedad mediante el resguardo del depósito bancario de los fondos hecho a nombre de la sociedad». Entendemos acertada la supresión, puesto que la exigencia suponía una traba excesiva y prácticamente inútil. Hay que tener en cuenta que el cumplimiento de tal requisito no impediría después a la sociedad retirar los fondos y restituirllos a los socios. Y que la mayor garantía para que se haga efectiva la aportación es la dificultad, en la que, en caso contrario, se hallaría la sociedad para reclamar los dividendos pasivos, puesto que, no pudiéndose consignar en la escritura tal deber, carecería de título idóneo para ello; aparte de que, aunque la Ley no lo diga expresamente, hay que entender que todos los socios responden frente a terceros del incumplimiento de la norma que exige el desembolso total.

c) El patrimonio que como garantía se ofrece a los acreedores, ha de estar constituido por dinero o bienes fácilmente trascendibles a dinero, para posibilitar la ejecución y evitar fraudes en la valoración; de aquí la prohibición de que las aportaciones de industria integren el capital (arts. 1, 7-7 y 10, ap. 2). Problema diferente, y del que nos ocuparemos más adelante, es el de la posibilidad de que la aportación de industria sea verdadera aportación social y pueda, en consecuencia, conferir el título de socio.

d) Por las razones apuntadas en el apartado anterior, y muy especialmente para evitar fraudes en la valoración, la Ley ha de mirar forzosamente con cierta prevención las aportaciones no dinerarias, sometiéndolas a ciertas medidas precautorias. En la Ley de sociedades anónimas estas medidas son de tres tipos: de constancia y publicidad de la aportación y de su valoración (arts. 11-4, 17, párr. 2.º), de protección de los socios y de la sociedad frente a posibles fraudes de los fundadores o promotores (arts. 13, 21-c, 29 y 32) y de protección de los terceros (asimismo arts. 13 y 29, y, en cierto modo, el 32, párr. 1.º). En la sociedad limitada se elimina la necesidad de publicidad propia de la fundación sucesiva, aquí inexistente, y asimismo se considera, probablemente con razón, que los socios no necesitan la especial protección que supone la posibilidad de revisión de la valoración, ya que no hay la contraposición, propia de la anónima, entre funda-

(15) Publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes», núm. 415, de 29 de diciembre de 1952.

dores o promotores de una parte y socios de otra. Sólo subsisten, por consiguiente, la necesidad de constancia de las aportaciones y de su valoración (art. 7-7) y la responsabilidad de los socios frente a la sociedad y frente a terceros (art. 9) (16).

e) Teniendo el capital social en la limitada el mismo significado que en la anónima como cifra de retención para el reparto de beneficios, a fin de evitar, dentro de lo posible, que la cuantía del patrimonio social descienda por bajo de la del capital social, la reducción de éste entraña un peligro para los acreedores al permitir la del patrimonio; de aquí las especiales prevenciones del art. 19; por ello, precisamente, este precepto sólo se refiere a los supuestos de reducción que impliquen restitución de sus aportaciones a los socios. Están fuera de este caso, por ejemplo, los de reducción a consecuencia de pérdidas. Más discutible es, en cambio, el supuesto de amortización de participaciones con cargo a reservas de libre disposición o a beneficios libres. El caso será mucho menos frecuente que en la sociedad anónima, cuya Ley, en su art. 101, lo exime del cumplimiento de los requisitos propios de la reducción del capital. Pero es posible, sobre todo a través de la adquisición por la sociedad de sus propias participaciones, supuesto al que alude el art. 20, párr. 1.º de la Ley de limitadas, a propósito de la transmisión de participaciones por los socios. La discusión acerca de si esta amortización implica o no reducción del capital (17) queda aquí zanjada, como en la anónima, por la terminante disposición legal, ya que el art. 20 habla de amortización «previa reducción del capital». Es asimismo evidente que se trata de una reducción que implica restitución de sus aportaciones a los socios, bien directamente, bien de modo indirecto, en el caso de compra de las participaciones, en la cual, mediante el precio, el socio se reintegra de su aportación. Por consiguiente, debemos entender que, a diferencia de lo que sucede en la sociedad anónima, la reducción por amortización, con cargo a reservas o beneficios libres, está asimismo sujeta a las prevenciones del art. 19. Y es que, pese a la opinión doctrinal que ha inspirado el art. 101 de la Ley de sociedades anónimas, esta reducción supone también un peligro para los acreedores en cuanto que, al rebajar el capital como cifra de retención, permite el reparto como beneficios de cantidades antes vinculadas en virtud de esa retención eliminada (18). La diferencia con la anó-

(16) Ya, antes de la Ley, nos pronunciamos en contra de la aplicación a la Sociedad Limitada del sistema de revisión de la valoración establecido para la Anónima; v. *Significado...*, cit. págs. 647-48.

(17) V. GARRIGUES: *Tratado de Derecho Mercantil*, 1-2, Madrid, 1947, págs. 659 y ss.; y el mismo, en GARRIGUES-URIA: *Comentario*, cit., II, Madrid, 1953, págs. 309 y ss.

(18) Lo prueba el ejemplo expuesto por GARRIGUES: *Comentario*, pág. 315, donde puede apreciarse que, después de destinar los beneficios libres a la amortización, sigue habiendo en el balance posterior a ésta un beneficio igual al

nima, en este punto, no se debe, pues, a que ambos tipos sociales tengan necesidades distintas, sino a una, a nuestro entender, más recta visión del fenómeno en la Ley de limitadas (19).

Parece, en cambio, dudosa la posibilidad de que la sociedad de responsabilidad limitada adquiera sus propias participaciones sin la finalidad de amortizarlas, ya que el art. 47 de la Ley de anónimas, no reproducido en la que ahora nos ocupa, significa una concesión especial que, como contraria al régimen normal de las sociedades (es absurdo, en principio, que una sociedad sea socio de sí misma o que queden en suspenso arbitrariamente los derechos y obligaciones inherentes a una participación social), exige una disposición expresa.

f) Para la eficacia de ese especial significado que posee el capital social como cifra de retención, es preciso que su contrapartida en el activo del balance esté integrada por elementos patrimoniales rectamente valorados; en caso contrario, sería muy fácil burlar esa función del capital social exagerando la valoración de los bienes que lo respaldan. De aquí que los arts. 26 y 28 de la Ley tomen de la de anónimas varias de las prevenciones relativas al balance y, muy especialmente, la que se refiere al criterio de valoración. Se omiten, en cambio, otras normas sobre manera de formar el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias, y, lo que es muy importante, una equivalente al art. 107, párr. 1.º de aquella Ley; no obstante, estas omisiones deben ser, en gran parte, suplidadas por una recta interpretación de los términos empleados; así, por ejemplo, el término capital social exige, por el propio concepto de éste, su inclusión en el pasivo del balance, e igual sucede con el término «reserva»; asimismo, cuando se habla de beneficio, hay que entender que es el real; es decir, aquel que supone un excedente del activo del balance sobre el pasivo, incluidos en éste el capital y las reservas.

Las normas de valoración de la Ley llevan consigo los mismos problemas que las idénticas de la de anónimas, sobre todo en cuanto a la imposibilidad de una revalorización basada en el descenso del poder adquisitivo del dinero.

g) La disolución por pérdidas (art. 30-3.º) viene impuesta asimismo, como en la sociedad anónima, por la inexistencia de una responsabilidad personal de los socios, y a fin de evitar que, siguiendo la sociedad por el camino emprendido, queden los acreedores sin posibilidad alguna de cobro. No parece responder, en cambio, a ninguna diferencia sería con la anónima la inexistencia

anteriormente existente; es decir, el resultado es idéntico al que se obtendría si la amortización se realizara con cargo al capital.

(19) Tampoco es viable en este tipo social la amortización sin las garantías de la reducción cuando la parte de patrimonio que queda libre se destina a dotar una reserva; y ello, no sólo porque la Ley no admite esta excepción, sino porque, no existiendo en la limitada reserva legal, siempre cabría que los socios dispusieran más adelante de esa reserva o la suprimieran sin ninguna garantía para los acreedores.

tencia, en la Ley de limitadas, de una norma que, como el artículo 99 de la Ley de anónimas, imponga preceptivamente la reducción del capital a consecuencia de pérdidas.

*h)* Finalmente, hay que observar que aún quedan lagunas en la regulación normativa de la sociedad limitada, que, en todo aquello que deba venir determinado por el régimen de responsabilidad de cada tipo social, habrán de ser colmadas por una aplicación análogica de los preceptos correspondientes de la Ley de sociedades anónimas. Así sucede, sobre todo, en materia de transformación y fusión. La Ley de limitadas sólo alude a los requisitos del acuerdo, y a la necesidad de escritura pública y de inscripción (art. 17). Pero no se habla para nada de los requisitos y consecuencias que parece lógico establecer en garantía de los acreedores. Por ello, estimamos aplicables, sobre todo, los artículos 139, 141 y 145 de la Ley de anónimas. Igualmente habrán de aplicarse otros preceptos no fundados en el régimen de responsabilidad, por ser la regulación de estas materias en la Ley citada la única completa que de las mismas existe en nuestra legislación. Así sucederá, por ejemplo, con la solución al problema de la continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad transformada.

*B)* Aun prescindiendo de la enérgica aproximación a la sociedad anónima que envuelve el régimen de responsabilidad, creemos que, en su estructura, la sociedad limitada, tal como aparece configurada en la nueva Ley, no es sino una anónima simplificada. Veamos algunas pruebas de esta afirmación:

*a)* El problema básico de la estructuración de un tipo social es probablemente el de la forma que adopte la posición del socio en la sociedad. Es ya tradicional denominar participación a la expresión de esa posición del socio en la sociedad de responsabilidad limitada. Ahora bien, el de participación no es un conceptoívoco ni suficientemente aclarado en la doctrina. Por ello hemos de partir de la contraposición entre la posición del socio en las sociedades civil, colectiva y comanditaria, llámesela como se quiera a esta posición, y la que ostenta el socio de la anónima, manifestada en el concepto, bastante elaborado, de acción, a fin de contrastar con ellos el concepto legal de participación social, referido únicamente a la sociedad de responsabilidad limitada.

En las sociedades citadas en primer término, la posición de socio es simplemente la consecuencia de ser sujeto dentro de la relación jurídica social, bien por haber intervenido en el contrato originario, bien por adquisición respecto de un socio anterior. No cabe hablar de participación, sino, a lo sumo, de interés del socio, medido por el valor asignado a su aportación, en relación con las de los demás, y con muy limitados efectos, casi exclusivamente con vistas a la participación en los beneficios. Lo que cuenta, fundamentalmente, es la persona del socio, y sólo ulte-

riormente, en ciertos aspectos, juega la medida de su interés. Pero éste no supone sino un criterio para apreciar la extensión de algunos derechos del socio, no algo suficientemente condensado como para pretender hablar de derecho o titularidad sobre ello. Lo único que el socio tiene en su posición jurídica, como término subjetivo de una relación jurídica, la relación social, posición que, como en toda sociedad, se descompone en una serie de derechos y obligaciones.

Por el contrario, en la sociedad anónima, la cualidad de socio viene vinculada a un concepto en cierto modo autónomo que recibe el nombre de acción. El socio no es simplemente aquel que ha celebrado el contrato de sociedad o ha adquirido derivativamente tal posición de otro socio anterior, sino, fundamentalmente, quien es titular de una acción. Es la titularidad sobre la acción la que confiere la cualidad de socio. En primer término se halla la acción como entidad patrimonial autónoma, y detrás de ella su titular, el accionista que, en cuanto tal, es socio. Se suele decir que la palabra acción, en materia de sociedades, tiene tres significados diferentes: como parte de capital, como expresión de la cualidad de socio y como título-valor. Pero estos tres aspectos, aunque puedan desligarse a efectos expositivos, están estrechamente vinculados entre sí; la acción no es sino una parte del capital de la sociedad, dogmáticamente concebida como entidad, en cierto modo, autónoma, que materializada al incorporarse a un título-valor, confiere a su titular la cualidad de socio, de la que es, por otra parte, expresión sensible. Ahora bien, de los tres aspectos aludidos, el menos esencial al concepto de acción es, sin duda, la incorporación a un título-valor; esta incorporación tiene como finalidad facilitar la transmisibilidad de la acción, respondiendo así a la especial contextura económica que es normal en la sociedad anónima. De aquí se derivan dos consecuencias: una mayor despersonalización de la sociedad y una más intensa consistencia de la acción como entidad patrimonial autónoma y objeto por ello de derecho. Pero la acción concebida como parte de capital, hecha abstracción de su incorporación a un título, posee también conceptualmente una cierta consistencia, que, si bien no llega a permitir su calificación como objeto de derecho, si su interposición entre el socio y la relación jurídica social, de modo que éste no es, en lo esencial, socio por su cualidad de sujeto de tal relación, sino por su asunción de una parte del capital, la acción, o por haberla adquirido de un titular anterior.

Pues bien, puestos a escoger, parece evidente que la participación en la sociedad de responsabilidad limitada está mucho más cerca de la acción que de la simple posición de socio en una sociedad civil, colectiva o comanditaria. Lo de menos es la nomenclatura; por eso, al decir el art. 1, párr. 2.º de la Ley que las participaciones sociales no podrán denominarse acciones, no hace sino tomar una prevención para evitar confusiones, sin prejuzgar

cuestiones conceptuales, que sólo la efectiva regulación legal de la materia puede resolver. En conclusión, creemos que la participación social en una sociedad limitada es algo análogo a una acción no incorporada a un título-valor; es decir, una acción desposeída de esas peculiares características que le presta tal incorporación y que, como hemos dicho, no afectan al fondo mismo de su concepto y significado. La demostración de esta tesis resulta de un ligero estudio de las consecuencias de la misma en el régimen legal de la sociedad de responsabilidad limitada:

1. Al concebirse las partes en que se divide el capital como algo conceptualmente anterior a la cualidad de socio, es lógico que no sean ellas las que se adapten a la medida y extensión de la total participación del socio en la sociedad. La participación social, tal como es concebida por la Ley de limitadas, no es una simple expresión de la cualidad de socio, en cuyo caso se adaptaría a las vicisitudes de ésta, sino algo previo a tal cualidad y, por consiguiente, independiente de su extensión y modificaciones; por ello, en lugar de existir una participación única por cada socio, hay un número inicial y constante de participaciones (mientras no se modifique estatutariamente o se altere la cifra del capital) independiente del número de socios y de la cuantía del interés de cada uno en la sociedad. Un socio puede por ello tener varias participaciones, como puede tener varias acciones, y en tal caso su cualidad de socio funciona con cierta independencia respecto de cada una de las participaciones asumidas: cada participación es una entidad desligada de las demás, aunque pertenezcan al mismo socio; cada participación atribuye una cierta medida de derechos sociales que puede ejercitarse en cierta desconexión respecto del ejercicio de los inherentes a las otras participaciones que posea; puede, asimismo, transmitir una participación y conservar otras; pignorar una dejando libres las demás, etc. Claro está que todo esto tiene los límites que la propia lógica exige, pero se trata de límites que funcionan igual en la sociedad anónima (20). Igualmente, puede suceder que la medida del interés de un socio en la sociedad sea inferior a la cuantía de una de las participaciones en que se divide el capital; pues bien, en tal caso no queda más vía que la copropiedad sobre una participación, expediente al que habrá que recurrir sobre todo en caso de transmisión hereditaria. Ahora bien, en este supuesto de proindivisión, según la técnica de la Ley, no se puede decir que cada uno de los comuneros sea a su vez socio, sino que existe una única cualidad de socio, incorporada a la participación poseída en común, y los comuneros son simplemente eso, cotitulares de la participación y de la cualidad de socio (21).

(20) Por ej., la imposibilidad de que un socio, al menos si se trata de una persona física, vote en un sentido con una parte de sus participaciones o acciones, y en otro distinto con otras.

(21) Así resulta de la interpretación dada por el excelentísimo señor Ministro de Justicia (loc. cit., pág. 316) a la norma limitativa del número de

Este sistema es el que resulta, fundamentalmente, del artículo 1.<sup>º</sup> de la Ley, cuando dice que el capital estará dividido en participaciones iguales, acumulables e indivisibles. Se ha tratado de justificar este sistema pensando que el contrario de parte única por socio, con posibilidad, como es natural, de desigualdad y de división, era poco acomodado a la práctica española y tenía el peligro de aumentar exageradamente el número de socios, con grave daño para la agilidad y desenvolvimiento de la vida social (22). Estos argumentos pueden ser discutidos; en efecto, en la práctica española se daban los dos tipos, si bien, al parecer, con cierta tendencia moderna hacia el que ha sido legalmente consagrado. Y el aumento en el número de socios es hoy también posible haciendo muy pequeñas las participaciones; lo que sucede es que en ningún caso podrán traspasar el límite legal de cincuenta; pero esto podía asimismo ser evitado en el sistema de parte única poniendo un límite a la divisibilidad, a partir del cual se impondría la cotitularidad. Lo evidente es que el sistema adoptado, cualesquiera que sean las razones concretas que lo hayan apoyado, responde al concepto de participación como acción sin título que resulta del resto del contenido de la Ley.

2. Los artículos 23 al 25 de la Ley regulan, de forma casi idéntica a como lo hace la de sociedades anónimas, la copropiedad, el usufructo y la prenda de participaciones sociales. Esto nos obliga a pensar que se concibe la participación, igual que la acción, como una entidad patrimonial susceptible de ser objeto de derecho. Ya hemos visto que esto no es posible en pura técnica. Pero nos revela el criterio legal y la no esencialidad de la incorporación a un título para dar autonomía a las partes de capital a efectos de su tratamiento como «cosas» en cierto modo. Desde luego, habrá que modificar la configuración técnica de los supuestos en cuestión que resulta de la terminología legal. No hay tal copropiedad, sino una cotitularidad de la cualidad de socio expresada en una cotitularidad de la participación. Tampoco cabe hablar de prenda, ya que el acreedor no entra en posesión de nada: ni de una cosa en sentido propio, puesto que no existe, ni de un derecho, ya que por disposición expresa de la Ley éste lo ejercita el propietario. Hay más bien una especie de hipoteca, ya que el único fundamento de la posición del acreedor es la inscripción en el Registro Mercantil; puesto que las transmisiones de participaciones se han de inscribir también (art. 20, párrafo último), hay que admitir que dicho Registro funcionará en esta materia de modo análogo al Registro de la Propiedad.

3. Otra consecuencia trascendental es la imposibilidad de que exista una aportación de industria como tal aportación. En el Dere-

---

socios, puesto que, según él, no se infringe el límite por el exceso resultante de computar a todos los comuneros de las participaciones en proindivisión

(22) Así el discurso cit. en nota anterior, pág. 314.

cho general de sociedades, la aportación de industria es perfectamente normal (arts. 1.665 C. c. y 116 C. de c.); en cambio, si la cualidad de socio viene vinculada a la titularidad sobre una parte del capital (acción o participación), y teniendo en cuenta que en las sociedades con limitación de responsabilidad el interés de los acreedores exige que la aportación de industria no se integre en el capital (*vid. supra*), es evidente que tal aportación no puede servir de base a la cualidad de socio ni ser considerada como forma normal de aportación. Por ello, la aportación de industria ha de ser regulada, en caso de que se admita, como algo extrínseco a la participación; en la sociedad de responsabilidad limitada sirven a tal fin las llamadas prestaciones accesorias, acogidas en el artículo 10 de la nueva Ley como algo casi nuevo en nuestra vida jurídica. Este carácter extrínseco tiene dos consecuencias de gran trascendencia práctica: por un lado, que si bien las prestaciones accesorias pueden otorgar un derecho a beneficios en la proporción que se establezca en los estatutos, no pueden, en cambio, ser computadas a la hora de medir la participación del socio en los restantes derechos sociales; así, pues, el socio obligado a realizar tales prestaciones sólo puede tomar parte en esos derechos (de integrar la voluntad social, de suscripción preferente en caso de aumento de capital, de obtener una cuota de liquidación, etc.) con arreglo a la cuantía de su participación en el capital, por grandes e importantes sean los servicios que como prestaciones accesorias preste a la sociedad. La otra consecuencia es la inadmisibilidad del socio industrial, ya que la cualidad de socio viene vinculada a la participación concebida como parte del capital. En la práctica anterior a la Ley era relativamente frecuente el caso de sociedades con uno o varios socios industriales, a la manera de las colectivas; lo inadmisible era que su aportación se computase a la hora de calcular la cifra del capital; pero concebida la cualidad de socio como algo independiente de la participación en el capital, no había obstáculo serio que oponer a la admisión de tales socios industriales (23). Hoy es diferente. La única solución viable está en otorgar al que ha de cumplir la función de socio industrial una pequeña participación de capital e imponerle la obligación de prestar sus servicios bajo la forma de prestaciones accesorias; no obstante, por lo dicho anteriormente, la posición de tal socio queda así muy menoscabada.

En consecuencia, la posición de la Ley en materia de aportación de industria ha superado ampliamente los fines con que se ha tratado de justificarla (24); es decir, la protección de los acreedores,

---

(23) V. LÓPEZ LÓPEZ Y GONZÁLEZ ENRIQUEZ: *Significado...*, cit., páginas 648 y s.

(24) Esta justificación se basa en la confusión entre la posibilidad de que la aportación de industria tenga carácter de normalidad y pueda conferir la cualidad de socio, y el requisito de que no se compute a la hora de determinar la cifra del capital; así, la Exposición de Motivos de la Ley.

contribuyendo a construir la participación, según ya dijimos, como una acción sin título.

Con lo dicho, creemos haber demostrado que esta tesis es exacta; lo que aún no está suficientemente construido es el concepto de participación tal como resulta de la Ley. Sin penetrar a fondo en la cuestión, podemos admitir: 1.º La participación es, fundamentalmente, una parte del capital social, como lo es la acción en la sociedad anónima, y no una mera expresión de la cualidad de socio concebida como la posición de éste en la relación jurídica social. 2.º La participación se interfiere entre el socio y dicha relación jurídica de forma que toda la posición de aquél viene matizada y determinada por su condición de titular de una o varias participaciones. 3.º Al no incorporarse la participación a un título-valor, la falta la consistencia real suficiente para ser una entidad patrimonial autónoma y, como tal, objeto de derecho. Pero funciona en la técnica legal como si lo fuera, constituyendo así un instrumento que utiliza la Ley para despersonalizar y capitalizar la sociedad. 4.º En consecuencia, la estructura de la sociedad de responsabilidad limitada es francamente capitalista, en el sentido de que, a semejanza de lo que sucede en la sociedad anónima, en primer término aparece el capital y las participaciones en que éste se divide, y sólo en segundo lugar las personas de los socios.

b) El otro punto básico de la estructura de la sociedad es el relativo a su organización interna; aquí hay, asimismo, dos sistemas contrapuestos: según uno de ellos, los propios socios, en cuanto tales, lo son todo y dirigen por sí mismos la vida social como asunto propio (parece difícil en este caso hablar de órganos), salvo limitaciones expresas establecidas en el acto fundacional o en la Ley. Según el otro sistema, la gestión social se encomienda a ciertos órganos extrínsecos a la vida social, que de esta manera resulta, podríamos decir, corporativamente organizada; por ser extrínsecos, no han de estar incorporados por socios en cuanto tales, sino que han de ser designados en virtud de un acto especial, siendo indiferente para la naturaleza jurídica del cargo que tal designación recaiga en un socio o en un extraño. Excluidos así los socios en cuanto tales de la gestión social, conservan, sin embargo, un poder directivo superior y un cierto control sobre la actividad administrativa de los gestores extrínsecos; pero tales funciones no competen a los socios individualmente, sino en cuanto integrados en un órgano expresivo de la voluntad social; esta supuesta voluntad social suele formarse sobre la base del principio de mayorías, y precisamente de mayorías de capital, hallándose medida la extensión en que la voluntad de cada socio toma parte en la formación de la voluntad social con arreglo a su participación en el capital. En conclusión, en este segundo sistema sí cabe hablar de órganos: no son los socios los que rigen la vida social como asunto propio, sino que esta función está encomendada a entes extrínsecos a los propios socios como personas individuales; el papel de los socios se limita a su

intervención en uno de esos órganos como uno de los derechos que confiere la participación concebida como parte del capital. Evidentemente, este segundo sistema es propio de las sociedades con tendencia hacia la despersonalización, como la sociedad anónima, en las que se busca la construcción de la sociedad como ente independiente con estructura y organización desligadas de la omnipresencia de las personas de los socios, que en las demás sociedades lo son todo.

Pues bien, una simple lectura del texto de la Ley de limitadas revela que este tipo social ha sido organizado con arreglo al segundo de los sistemas indicados. Los socios no son administradores en cuanto tales, sino que es preciso un acto especial de designación, la cual puede o no recaer en socios (art. 11); y el órgano superior directivo radica en la formación de la voluntad social, al parecer precisamente por el régimen de mayorías. A la vista del artículo 7.<sup>º</sup>, podría pensarse en la posibilidad de establecer estatutariamente el sistema de unanimidad, ya que, en su número 9, sólo habla de que en la escritura se expresará «la forma de deliberar y tomar acuerdos la junta de socios y la forma de convocarla y constituirla, en el supuesto de que exista, o, en caso contrario, la forma de tomar acuerdos por escrito». Pero el artículo 14 es categórico al decir: «La voluntad de los socios expresada por mayoría regirá la vida de la sociedad.» La cuestión tiene trascendencia a nuestro objeto, ya que el sistema de mayorías despersonaliza aún más la organización social, al permitir una mayor abstracción de la llamada voluntad social respecto de la de las personas de los socios.

A nuestro juicio, carece de trascendencia el que, cuando el número de socios no exceda de quince, no sea preceptiva la Junta General; en efecto, lo decisivo no es la manera de formarse la voluntad social mayoritaria, sino el hecho mismo de que sea esta voluntad la que rija la vida social; lo demás es un detalle externo de escasa relevancia.

Tiene asimismo interés el párrafo 2.<sup>º</sup> del propio artículo 14, al establecer como regla, en defecto de pacto contrario, la mayoría de capital; se trata, pues, del mismo sistema que rige en la sociedad anónima, pues la ausencia en ésta de un precepto análogo se debe, sin duda, a que se sobreentiende que, en principio, las mayorías son de capital; y tampoco cabe duda de que en la propia sociedad anónima los estatutos pueden establecer un procedimiento diferente para computar la mayoría.

Hay, sin embargo, diferencia entre ambas leyes en cuanto al quórum especial requerido para la adopción de ciertos acuerdos de especial trascendencia para la vida social. El artículo 58 de la Ley de anónimas se limita a establecer un quórum de asistencia, por lo que, en defecto de disposición contraria de los estatutos, basta para tomar el acuerdo la simple mayoría no cualificada; en cambio, el artículo 17 de la Ley de limitadas sienta un quórum de votación, en el que, además, se exige, al menos en primera con-

vocatoria, una mayoría de personas junto a la de capital. Ambos detalles, sin embargo, sólo constituyen concesiones de detalle al principio que podríamos llamar personalista, sin influencia en el fondo de la organización social.

c) Hay que anotar, asimismo, una consecuencia del sistema definido por las notas expuestas en los apartados anteriores: la irrelevancia que, en principio, es decir, salvo disposición en contra de los estatutos, tienen las vicisitudes personales de los socios en orden a la disolución de la sociedad: no se señalan como causas de ésta, a diferencia de lo que sucede en la sociedad colectiva o en la comanditaria, la muerte, quiebra o interdicción de los socios (artículo 30). El que, al amparo del número 6.<sup>º</sup> de dicho artículo, quepa configurar estatutariamente tales eventos como causas de disolución carece de trascendencia a nuestro objeto, puesto que se da, asimismo, en la sociedad anónima (art. 150-6.<sup>º</sup>), y no supone derogación del principio corporativo que desvincula a la sociedad de las personas de los socios, sino simples concesiones a un eventual *intuitus personarum*.

Construida sobre estos tres puntales básicos, régimen de responsabilidad análogo al de la anónima, estructuración capitalista y organización corporativa y despersonalizada, la sociedad de responsabilidad limitada se nos aparece en la reciente Ley como claramente adscrita al grupo de sociedades en el que se integra la anónima. ¿Hemos de estimar acertada esta posición de la Ley? No cabe dar una respuesta unitaria a la cuestión; por una parte, parece evidente que tal orientación ha de chocar con un sector de la realidad práctica de la sociedad limitada, que concebía ésta como una colectiva con el injerto de la limitación de responsabilidad; choque que parece inútil, puesto que la nueva configuración no venía impuesta, en todas sus partes, por la función económica que se quiere asignar a la limitada ni por las ineludibles exigencias de la defensa de socios y acreedores. Ahora bien, por otro lado, no cabe olvidar que el criterio legal supone un freno al juego de la libre autonomía de la voluntad en materia de limitaciones de responsabilidad, según ya hemos indicado anteriormente. Y en tal sentido, es de aplaudir la configuración dada por la Ley, siempre, como es natural, que resulte prácticamente eficaz como tal freno. Esto último, sin embargo, dista mucho de estar claro.

Creemos necesario dar una explicación antes de seguir adelante. El hecho de que hablamos de la configuración de las sociedades anónima y limitada como entes corporativos y desvinculados de las personas físicas que los integran no supone, ni mucho menos, que, a diferencia de las otras sociedades, juzguemos a esas dignas de la conceptuación de personas jurídicas en sentido propio. En efecto, tal calificación no depende de la estructuración y organización internas del ente, sino de que la merezcan o no ante la conciencia de la comunidad por su función económica o social y por su posición en la vida jurídica total de esa comunidad; es

decir, por datos externos, no meramente internos. Siendo esto así, los atributos antes referidos que asignamos a ciertos tipos sociales no deben hacer pensar en una personalidad independiente, sino que hacen referencia a la relación jurídica social, y a la sociedad misma en su significado unificador meramente formal.

C) Hay otros puntos de semejanza entre la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima que no responden a una identidad entre ambas dentro de un grupo de sociedades opuestas a otro u otros, sino a razones extrínsecas; así, por ejemplo, al deseo de simplificar la regulación legal adoptando un texto ya consagrado para otro tipo social (ej., arts. 6.<sup>º</sup>, 8.<sup>º</sup>, etc.); o a la adopción de nuevos criterios legales perfectamente adaptables a todos los tipos sociales (ej., art. 3.<sup>º</sup>, párr. 2.<sup>º</sup>).

D) Las diferencias legales entre la sociedad limitada y la anónima se hallan presididas por un criterio uniforme: la conveniencia de adaptar el complejo mecanismo de la segunda a sociedades de volumen económico más modesto, con las consecuencias que esto normalmente acarrea: necesidad de una mayor flexibilidad y de una mayor simplicidad, e influencia más acusada del *intuitus personarum*. Bajo estos tres aspectos, trataremos de reseñar las principales diferencias, teniendo siempre en cuenta que las mismas no afectan en ningún caso a las bases esenciales, antes examinadas, de la estructura y organización de la sociedad de responsabilidad limitada.

a) La mayor flexibilidad se obtiene sobre todo a través de una más amplia libertad de regulación estatutaria. Hay que partir de la base de que, tanto aquí como en la sociedad anónima, la norma legal es en principio coactiva, salvo el supuesto de que se presente a sí misma como dispositiva, o entregue expresamente una materia a la libertad contractual. Así resulta en cuanto a la sociedad limitada, no sólo de la finalidad general de su regulación, sino concretamente del artículo 7.<sup>º</sup>, número 10. Ahora bien, dentro de este criterio general, el legislador ha juzgado que el volumen de riesgos que pone en juego una sociedad respecto de los socios y los acreedores depende en cierta medida del volumen económico de la sociedad; por tanto, en una sociedad más modesta, como la limitada, se puede permitir un margen mayor de libertad estatutaria. Esto se manifiesta sobre todo:

1. En la regulación del funcionamiento de los órganos administrativos de la sociedad; así como la Ley de sociedades anónimas ordena esta materia con todo detalle, la de limitadas se ciñe a ofrecer unas líneas generales de índole coactiva, abandonando todo lo demás a la regulación estatutaria; incluso, como ya vimos, la junta general sólo es preceptiva cuando la sociedad tiene más de quince socios, supuesto que será, sin duda, excepcional; tampoco se regula el consejo de administración como organismo colegiado, por lo que su existencia ha de estimarse facultativa; final-

mente, todo lo relativo a convocatoria, modo de celebrar las reuniones, quórum de asistencia, constancia de los acuerdos, nombramiento de los administradores, duración y retribución del cargo, etcétera, que asimismo relegado a la libre determinación estatutaria.

2. Es interesante señalar que el derecho de suscripción preferente de los socios en caso de aumento de capital, que en la sociedad anónima viene configurado como uno de los derechos esenciales e inderogables del accionista, admite en la limitada disposición contraria de la escritura social (art. 18). Ni en la Exposición de Motivos ni en los discursos pronunciados en Cortes se da explicación alguna de esta diferencia; y hay que tener en cuenta que la finalidad que tiene tal derecho del socio, asegurarle los beneficios resultantes de un exceso en el valor del patrimonio respecto de la cifra del capital, consecuencia de una vida próspera de la sociedad, puede resultar más clara a veces en la limitada que en la anónima, pues en aquélla, normalmente, la prosperidad será más directamente producida por la labor personal de los socios. Lo más probable es que para implantar tal diferencia se pensara especialmente en que, en razón a la confianza mutua que suele existir entre todas las personas que intervienen en la vida de una sociedad limitada, y a que la escritura es normalmente obra de los propios socios que han de continuar siéndolo, no es precisa una defensa tan acentuada de los intereses de los socios. Y puede haber supuestos en los que tenga utilidad prescindir de tal derecho de suscripción preferente (sobre todo si se estima, como en la anónima, que tal derecho es transmisible).

3. En la formación del balance se permite también una cierta libertad, pues apenas se regula coactivamente otra cosa que el plazo para su formación y los criterios valorativos de los elementos del activo. Como ya vimos, no se puede, sin embargo, prescindir del significado que el uso de la vida mercantil y las normas corrientes de la contabilidad atribuyen, dentro del balance, a una serie de conceptos jurídicos, como el de capital y el de reserva.

4. También se deja en libertad a los socios para constituir o no reservas, no existiendo una reserva legal.

b) La mayor simplicidad se manifiesta en una amplia serie de datos que reducen a una escala menor el complejo mecanismo de la sociedad anónima. Así, por ejemplo:

1. El punto de partida se halla en la limitación del número de socios a cincuenta y del capital social a cinco millones de pesetas (arts. 1.<sup>º</sup> y 3.<sup>º</sup>). Con ello se evita que en la vida social efectiva de una concreta sociedad de responsabilidad «limitada» pueda surgir una complejidad que desborde los moldes legales y haga inadecuada la regulación ofrecida. También se quiere por este medio impedir que se acojan a los preceptos de la limitada sociedades que, por su importancia y función económica, no deben escapar a las más amplias previsiones de la Ley de sociedades anónimas.

Por consiguiente, una sociedad que haya de tener más de cincuenta socios ha de constituirse como anónima si se quiere limitar la responsabilidad, aunque su capital haya de ser inferior a cinco millones de pesetas. Cabría pensar en otra solución a base de constituir una limitada en que algunas de las participaciones quedasen en régimen de copropiedad, puesto que los varios comuneros de una participación se han de contar como un solo socio a efectos de computar el número de éstos para que quepa en el límite legal. No obstante, esta solución parece poco práctica, dados los inconvenientes anejos a todo régimen de copropiedad, y más aún tratándose de una participación social.

2. Sólo se admite un tipo de fundación: la que equivale a la que en la anónima recibe el nombre de fundación simultánea (artículo 7.º, parr. 1.º). Y aun en esta forma de constitución de la sociedad, no se prevé la contraposición, propia de la anónima, entre fundadores y socios ulteriores; no es en efecto normal en la sociedad limitada que los fundadores asuman las participaciones con la exclusiva finalidad de transmitirlas más tarde a otras personas; por el contrario, aquí se suele constituir la sociedad para explotar una empresa que han de regir y disfrutar los propios constituyentes. Las consecuencias son: que la responsabilidad en caso de aportaciones no dinerarias se atribuye a los socios y no a los fundadores, que no se habla de otras responsabilidades, como la procedente por el total desembolso del capital, y ello, no porque tal responsabilidad no existe, sino porque no se ha creído necesario, dada la inexistencia de unas personas con una posición especialísima en el momento fundacional; finalmente, tampoco tenía utilidad en este caso la admisión de las ventajas de fundador.

Otro detalle simplificador es la no exigencia de que los fundadores sean al menos tres. Basta, pues, para constituir una sociedad de responsabilidad limitada, con la concurrencia de dos socios.

3. No se distingue entre escritura y estatutos; sin embargo, esta simplificación es más de tipo conceptual que práctico, ya que, por una parte, no hay inconveniente alguno para que en la limitada se articulen los estatutos como algo independiente, bien dentro de la propia escritura, bien fuera de ella, como un documento independiente que se protocolice con aquélla (así la Exposición de Motivos, de acuerdo en esto con la práctica que ha prevalecido en materia de anónimas); y, por otra parte, cabría pensar en la posibilidad de que en una anónima no se distinga formalmente, dentro de la escritura, una parte que lleve el nombre de estatutos, siempre que sustancialmente se encuentre allí todo lo que según la Ley deben contener éstos.

4. Dentro de cada sociedad de responsabilidad limitada sólo puede haber un tipo de participaciones, al menos en lo referente a su cuantía y a la prohibición de que existan socios preferentes en materia de reparto de beneficios (art. 29). Parece, por el contrario, posible una cierta desigualdad en otras materias: por lo pronto

to, es indudable que unos socios podrán estar obligados a realizar prestaciones accesorias y otros no (art. 10), con lo que su participación en los beneficios puede no guardar correlación con sus partes de capital; no obstante, esto no supone precisamente que las participaciones sean desiguales, porque las prestaciones accesorias deben ser concebidas como algo independiente de la participación propiamente dicha. Aunque no lo diga expresamente la Ley, parece que también puede haber desigualdad en cuanto al derecho de suscripción preferente y a la cuota de liquidación. Más dudosa es la cuestión en materia del derecho de voto. En contra del criterio de la Ley de sociedades anónimas (art. 38, pár. 2.º), la Resolución de 2 de agosto de 1950 admitió en una sociedad de responsabilidad limitada, por el matiz personalista que ésta tenía en el caso concreto, la atribución a un socio de mayor número de votos del correspondiente a su participación en el capital. No creemos hoy sostenible esta tesis, por las siguientes razones: 1.º El matiz capitalista que, según vimos, ha adquirido la sociedad de responsabilidad limitada, con arreglo al cual, en principio, toda la posición del socio viene determinada por su participación en el capital. 2.º Que los dos casos en que podía ser de más interés la creación de la desigualdad no la toleran, a nuestro juicio; estos casos son: el de prestaciones accesorias, en el que del texto del artículo 10 parece deducirse que la única compensación posible a las mismas está en una participación en beneficios. Y el de los socios que sean a la vez administradores; pero en este supuesto, consideramos que asegurar a éstos el dominio en la formación de la voluntad social va contra la dualidad de órganos que es principio esencial en la organización de la sociedad limitada. Diferente de la desigualdad en el derecho de voto es la posibilidad de sustituir el régimen de mayorías de capital por el de mayorías de personas; aquí no se trata de establecer desigualdad alguna, sino de sustituir un criterio por otro, dentro del cual todos los socios son iguales.

5. Las participaciones no pueden incorporarse a títulos-valores. Ya vimos el significado de esta prohibición respecto del concepto legal de participación. Aquí sólo hemos de hacer notar la simplificación que supone en el mecanismo social al eliminar las complejidades inherentes a la emisión y régimen de tales títulos, sobre todo en el caso de títulos al portador.

6. La parquedad normativa en materia de órganos sociales presupone no sólo una mayor flexibilidad para su regulación estatutaria, sino también una mayor sencillez de funcionamiento. Igual sentido cabe atribuir a la inexistencia de una reserva legal preceptiva.

7. La menor complejidad contable y la mayor relación que suelen tener los socios con los asuntos y la marcha interna de la sociedad han obligado a prescindir de los censores de cuentas, establecidos para la sociedad anónima.

8. Supone asimismo una simplificación normativa la omisión de toda regulación especial de una acción para impugnar los acuerdos sociales análoga a la prevista en la Ley de sociedades anónimas. Lo cual no quiere decir que tales acuerdos sean inimpugnables, sino que para hacerlo se habrá de seguir el procedimiento civil ordinario. En cuanto a los supuestos de la impugnación, es cuestión que queda reservada a los principios generales, pudiendo servir como punto de apoyo en algunos aspecto la regulación de la citada Ley de anónimas.

c) La influencia del *intuitus personarum* se manifiesta en tres direcciones fundamentales :

1. La admisibilidad de las llamadas prestaciones accesorias, ya que el sentido de las mismas está en vincular a los socios a que aporten a la sociedad su actividad personal, o, al menos, determinados servicios en los que son de especial relevancia las cualidades o circunstancias del aportante. Según dice expresamente el artículo 10 de la Ley, no pueden consistir en aportaciones de capital. Fuera de esto cabe encajar en el concepto de prestaciones accesorias cualquier servicio o actividad útil para la sociedad : desde el trabajo como técnico en la empresa que explote la sociedad hasta la cesión a ésta del uso de algún elemento patrimonial del socio ; respecto a esto último, creemos que si se aporta a la sociedad un derecho real o personal que faculta para el uso (usufructo, uso, arrendamiento, etc.), estamos ante un supuesto de aportación de capital ; pero si el socio se limita a permitir que la sociedad utilice la cosa (por ej., una máquina, un vehículo, etc.) sin que adquiera ningún derecho sobre la misma, cabe hablar más bien de prestación accesoria.

Es interesante fijar la posición de los acreedores sociales respecto de las prestaciones accesorias ; a nuestro juicio, podrán exigir su realización, en virtud de la acción subrogatoria, cuando ello sea necesario para cobrar íntegramente sus créditos : así, por ejemplo, en caso de quiebra, si se acuerda en el convenio la continuación o el traspaso de la empresa, por aplicación analógica (25) del artículo 928 C. de c., y el rendimiento o el valor en venta de la misma dependen en gran medida de una determinada prestación accesoria de uno de los socios (por ej., consistente en comunicar un cierto procedimiento secreto de fabricación).

2. El régimen de transmisibilidad de las participaciones sociales ; hay que partir de la base de que el régimen establecido por la Ley es meramente dispositivo, y la escritura puede ordenar otro sistema diferente, sin más limitación que la de la prohibición de pactar la total intransmisibilidad de las participaciones. Cabe, pues, por el contrario, la transmisibilidad completamente libre, siempre, claro es, que se cumplan los únicos requisitos de índole

(25) Esta aplicación analógica resulta de la posibilidad legal (art. 30, pár. últ.) de que la quiebra de la Sociedad no determine su disolución.

coactiva establecidos por la Ley: escritura pública e inscripción (artículo 20, párr. últ.), y comunicación a la sociedad (art. 22).

El sistema establecido a falta de disposición contraria no es sino una condensación del que había elaborado la práctica notarial en esta materia, asentado especialmente sobre el derecho de tanteo a favor de la sociedad y de los socios, que así conjuga el control respecto a la admisión de nuevos socios con la total libertad de cada uno de desprenderse cuando quiera de sus participaciones. Uno de los problemas más agudos que planteaba el derecho de tanteo es la fijación del precio; la Ley ha optado por la valoración pericial, a falta de acuerdo, procedimiento indudablemente mejor que otros propuestos: valor según el último balance, capitalización de beneficios, etc. El valor según balance tiene el inconveniente de que ha de estar sujeto a las normas valorativas legales, que, dictadas para proteger a los acreedores, no tienen por qué afectar, en su exagerada prudencia, al socio enajenante; el de capitalización de beneficios tiene también la desventaja de prescindir de factores de indudable interés: las posibles alteraciones en las perspectivas económicas de la sociedad, el destino de una parte de los beneficios reales a la formación de reservas, etc.

En caso de transmisión hereditaria, el derecho de tanteo ha de ser expresamente establecido en la escritura social (art. 21). Se sigue así un sistema inverso al que aplica el C. de c. a las sociedades colectivas y comanditarias: en principio, la participación es heredable, pero con posibilidad de excluir a los herederos; mientras que en el régimen del C. de c., en principio, no lo es, si bien se puede establecer por pacto que lo sea.

3. La posibilidad de rescisión parcial mediante exclusión de un socio por ciertas causas preestablecidas (art. 31).

La relevancia del *intuitus personarum* manifestada en las tres direcciones reseñadas no afecta a los principios generales de la estructura y organización de la sociedad a que hicimos referencia más arriba. Son cuestiones que se mueven en planos distintos: en un caso, se trata de la construcción dogmática que hace la Ley de la sociedad como arquetipo; en el otro, de la influencia real que, por las circunstancias específicas del caso concreto, pueden tener en cada sociedad las condiciones personales de sus socios o de algunos de ellos. Lo que sucede es que, como es natural, la Ley, al construir la estructura de un determinado tipo social, suele procurar despersonalizarlo en la medida en que realmente, en la vida práctica, las condiciones personales de los socios carezcan normalmente de trascendencia para la vida social. Pero por determinadas razones esta correlación puede fallar; y así sucede hoy día con la sociedad de responsabilidad limitada, en la que se ha adoptado un esquema despersonalizado y corporativista en cuanto a la estructura y organización de la sociedad, admitiendo luego como normales una serie de datos que revelan una influencia efectiva y normal del *intuitus personarum*. Ya hemos apreciado críticamente esta

postura de la Ley ; pero ahora queremos resaltar que no hay incompatibilidad efectiva entre ambos términos, por la consideración, ya apuntada, de que la nota personalista se desenvuelve en el terreno de las circunstancias de hecho variantes de una sociedad a otra. Por eso, la sociedad anónima, arquetipo de la sociedad estructuralmente despersonalizada, puede, en casos concretos, poseer una serie de notas personalistas: restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, prestación de su actividad personal por los socios en la vida social o en la empresa explotada, disolución por muerte, quiebra o incapacidad de algún socio, incluso rescisión parcial, si así se ha establecido, para lo que no parece haber ningún obstáculo serio. Las notas personalistas de la sociedad limitada también están pensadas sobre la base de dejar un amplio margen de influencia a las circunstancias de cada caso concreto. Así, las prestaciones accesorias pueden existir o no, según lo deseen los socios ; el régimen de transmisibilidad también se halla, en principio, casi totalmente entregado a la libertad estatutaria ; y la rescisión parcial sólo cabe en supuestos (los de los núms. 1, 2 y 7 del artículo 218 C. de c. y el del socio administrador) que exigen la existencia de una cierta relevancia del *intuitus personarum*.

\* \* \*

Para concluir estas notas, queremos hacer alguna reflexión sobre varios pequeños problemas que plantea la nueva regulación legal, sin ánimo ninguno exhaustivo, sino espigando un poco al azar :

A) En materia de denominación se ha adoptado el sistema, propio de las sociedades con limitación de responsabilidad, de prohibir el uso de una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente ; así, simplemente, se expresaba el Proyecto de Ley ; pero la Ley, queriendo precisar más, ha añadido: «sea o no limitada». Esto plantea varios problemas: en primer lugar, el de si esa referencia a otras sociedades preexistentes, sean o no limitadas, ha de entenderse inclusivo de las colectivas y comanditarias. A nuestro juicio, la respuesta es claramente negativa: de un lado, porque esa prohibición, por su propia finalidad, es algo que sólo debe funcionar entre sociedades con limitación de responsabilidad, y de otro, por la imposibilidad práctica de darle tal extensión, dada la inexistencia de un Registro de sociedades colectivas y comanditarias análogo al existente para las anónimas y al recientemente creado para las limitadas.

Ahora bien, lo que sí parece evidente es que no cabe hoy día constituir una sociedad limitada de nombre idéntico al de una sociedad anónima preexistente ; y al no ser exacto lo inverso, se crea una disparidad de criterio que no parece poseer justificación suficiente. Por otra parte, al haber organizado el Decreto de 22 de julio de 1953 un Registro separado de sociedades de responsabilidad limitada, en lugar de incorporarlas al de sociedades anóni-

mas, es evidente que las certificaciones que habrá de exigir el Notario en su día para constituir una sociedad limitada serán dos: una del Registro que ahora se crea, y otra del de anónimas. No obstante, sería conveniente que esto se dijera expresamente en algún texto legal.

B) A propósito de la exigencia de desembolso total inicial del capital social, y con referencia a la situación jurisprudencial anterior a la Ley, algún autor (26) pensó en la posibilidad de obviar la dificultad pactando en documento aparte, al tiempo de constituir la sociedad, que los socios estarían obligados a consentir el aumento de capital de la sociedad cuando los administradores de ésta lo decisiesen. ¿Sería eficaz hoy día un pacto de esta índole? A nuestro juicio, como pacto social sería completamente nulo; pero podría valer al margen de la sociedad, como una vinculación extrasocial del socio respecto de la emisión de su voto en determinado sentido, a la manera de los sindicatos de accionistas existentes en materia de sociedades anónimas.

C) El artículo 29 de la Ley habla del beneficio repartible, sin aclarar totalmente este concepto, lo que puede dar origen a confusiones, y ya precisamente promovió la presentación de una enmienda en la comisión de las Cortes (27). A nuestro juicio, este beneficio repartible debe entenderse configurado por las siguientes notas: 1.º Es el beneficio real, esto es, el exceso del activo sobre el pasivo de un determinado ejercicio, computados en el pasivo el capital social y las reservas. 2.º Pero este beneficio real puede experimentar detacciones para fijar el beneficio repartible: por lo pronto, si la escritura ordena la constitución de una reserva, habrá de dextraerse la cantidad correspondiente para dotarla; igualmente, hay que otorgar a la Junta de socios, o a la voluntad social expresada sin Junta, en su caso, la facultad de constituir reservas facultativas extrayendo al efecto las cantidades oportunas del beneficio real. Finalmente, siempre cabe que la sociedad tenga concertados con terceros contratos de participación en beneficios, en cuyo caso habrá que satisfacer éstos a dichos terceros antes de fijar el beneficio repartible. Es decir, para la determinación de éste hay que tomar en consideración una serie de atenciones, respecto de las que se debe estimar que la voluntad social tiene una amplia competencia. El problema se plantea, por consiguiente, de una manera relativamente análoga a como surge en la sociedad anónima. En todo caso, los socios tienen derecho a algún beneficio, pero no a un beneficio determinado en relación con el beneficio real resultante del balance.

D) Finalmente, se puede plantear en la sociedad de respon-

(26) ARENAL, loc. cit.

(27) V. el discurso del ilustrísimo señor Director General de los Registros, loc. cit., pág. 304; la enmienda fué presentada por el señor Virgili y planteaba el problema de si las cantidades destinadas a reservas habrían de tributar como beneficios.

sabilidad limitada, igual que en la anónima, el problema de si la concentración de todas las participaciones en una sola mano es o no causa de disolución. Tampoco aquí se menciona al efecto tal circunstancia entre las causas que disuelven la sociedad. Sin entrar en el fondo del asunto, creemos que esta omisión no puede tener el sentido de autorizar en términos generales la sociedad unipersonal surgida a posteriori. El planteamiento adecuado de la cuestión es el siguiente: si la concentración se produce por causas ajenas a la voluntad de quien resulta ser único socio (por ej., por transmisión hereditaria), y dicho único socio decide en un término prudencial reconstituir la sociedad enajenando alguna o algunas de sus participaciones, ¿ha de realizar un nuevo acto fundacional, o puede estimarse viable una continuidad entre la sociedad antigua y la reconstituida? Llevadas las cosas a este terreno, la omisión legal debe ser considerada como un permiso legal para esa reconstitución sin nueva fundación. Pero sin pasar de ahí; es decir, durante el tiempo que dure la concentración, toda la vida social debe estar en suspenso, y el socio único habrá de responder ilimitadamente de las obligaciones sociales. Porque el Derecho común de sociedades sigue estando en el C. c. y en la regulación general de las sociedades en el C. de c., y, sin decirlo expresamente, porque entonces no se planteó esta cuestión, tales cuerpos legales parten de la base de que sólo puede existir y subsistir una sociedad cuando existen varios socios. La sociedad es una relación jurídica, de origen contractual, entre varias personas. Y la pretendida personalidad jurídica no puede servir sino para aquéllo para lo que fué concedida, sin que entre sus finalidades legales pueda hallarse ni asomo de ésta de servir de pantalla para ocultar una limitación de responsabilidad de una persona individual.



## ESTUDIOS LEGISLATIVOS

# La Ley de 17 de julio de 1953 sobre competencia y recursos en materia de arrendamientos rústicos

IGNACIO SERRANO  
Catedrático de Derecho Civil

La Ley de 17 de julio de 1953 sobre competencia y recursos en materia arrendaticia rústica no es sino expresión, dentro de su órbita, de la tónica general sentada por las disposiciones de Justicia municipal y comarcal, Decreto de 21 de noviembre de 1952, que elevó la competencia de estos Juzgados a la cuantía de diez mil pesetas, y la Ley de 20 de diciembre de 1952, modificadora de la base económica de muchos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Se consagra así, legalmente, en materia de arrendamientos rústicos, el «incremento de valor de los bienes», dice elegantemente el preámbulo de la ley que comentamos, para ocultar la verdadera razón de la devaluación de la moneda nacional. Lo que se demuestra, por otro lado, como también insinúa el mismo preámbulo, con el hecho de que estando ordenado que el canon arrendaticio se fije en kilogramos de trigo, pagaderos en dinero, a precio de tasa, sin ninguna clase de bonificaciones, resulta evidente que el canon arrendaticio ha experimentado un considerable aumento teniendo en cuenta que en junio de 1940 (la Ley que reforma la que es objeto de este comentario tiene fecha 28 de junio de 1940) el precio del trigo lo fijó el artículo 3.<sup>º</sup> de la Ley de 23 de julio de 1942 en 0,67 pesetas el kilo, en tanto que el Decreto de 13 de mayo de 1953 ha señalado para el trigo de rentas el precio de 2,00 pesetas. Es lógico, pues, que la base económica de la competencia judicial varíe también. Es más, el artículo 7.<sup>º</sup> de la Ley que comentamos autoriza al Gobierno para que, previa audiencia del Consejo de Estado, pueda, por Decreto, modificar la competencia que ahora se determina, variando, atendidas las circunstancias, las cifras de los artículos 1.<sup>º</sup>, 2.<sup>º</sup> y 4.<sup>º</sup> de la Ley comentada.

Se añade que ha aparecido en la justicia comarcal y municipal un cuerpo de Jueces letRADos, seleccionado y competente, a quien se puede encomendar asuntos litigiosos de cuantía superior a las mil pesetas atribuidas a la antigua justicia municipal. Sería ilógico atribuir a estos Juzgados municipales y comarcales competencia en cuantía limitada en ciertos asuntos de arrendamientos urbanos y reducir el campo de su actuación a las modestísimas litis que

tenían atribuídas por la modificada legislación de arrendamientos rústicos.

Otra finalidad, no declarada en el preámbulo de la Ley, puede ser la de abaratar los litigios sometiéndolos a la competencia de órganos jurisdiccionales inferiores. De hecho esta finalidad no se consigue cuando, siendo preceptiva la intervención de letrado, la primera instancia de estos juicios se verifique en cabezas de partido judicial, ante Juzgados ya sean comarcales, ya de Primera Instancia; los gastos de desplazamiento de Letrado de la capital consumirán la economía que, por otra parte, pueda lograrse. Es evidente, en cambio, el menor costo de estos juicios cuando la apelación se vea ante los Juzgados de Primera Instancia.

Además se dice en el preámbulo que «se aligeran trámites sin menoscabo de la función jurisprudencial que actúa sobre los problemas jurídicos que, en cada caso, vengan planteados, fijando la doctrina que es, en definitiva, aplicable a todos, sin distinción del valor de las cosas en litigio».

La legislación de arrendamientos rústicos está diseminada en diferentes textos legales que están clamando por la redacción de un texto único o la elaboración de una nueva Ley que se espera para este año 1954, en que finalizan los arriendos protegidos, con arreglo a la Ley de 4 de mayo de 1948 (reforzada su eficacia por la Ley de 15 de julio de 1949).

En materia de jurisdicción y procedimiento justo es reconocer que hasta ahora, que aparece este precepto extravagante, toda la reglamentación estaba en la disposición transitoria tercera de las de la Ley de 28 de junio de 1940, con la remisión a, o con la suplencia de la Ley de Enjuiciamiento civil. El Decreto de 24 de enero de 1947 no innovó nada en orden a la competencia en materia arrendaticia rústica.

Estaba firmemente establecido por el artículo 51 de la Ley de 15 de marzo de 1935 (declarado fundamental por la sentencia de 12 de julio de 1943) que las cuestiones arrendaticias de cuantía menor a mil pesetas correspondían a los Juzgados municipales y a los de Primera Instancia todas las demás.

Aunque no con la energía con que se dice en la L. de A. U., también era evidente que los arrendamientos rústicos no regidos por la Leyes de este carácter especial, sino por el Código civil, debían tramitarse por las Leyes procesales comunes. Esta Ley que comentamos ratifica este criterio al referirse de nuevo a «cuantas cuestiones surjan en la interpretación y ejecución de las Leyes especiales sobre arrendamientos rústicos». Pero la sentencia de 24 de diciembre de 1940 declaró que incluso para discutir si un contrato debe, o no, regirse por la legislación especial, habrá que acudir a la jurisdicción social.

La nueva Ley distingue entre :

a) Los juicios de desahucio y los especiales o declarativos, so-

bre vencimiento del plazo, resolución o rescisión del contrato ; y  
 b) Los demás juicios.

Al decir «en los juicios especiales o declarativos» parece dar a entender que se refiere a controversias sobre arrendamientos rústicos planteados en un juicio ordinario declarativo (podría aducirse la excepción de incompetencia de jurisdicción) o en los especiales declarativos de la norma 3.<sup>a</sup> de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940. También es seguro que las controversias sobre expiración del plazo del arrendamiento, ya tiendan a obtener una declaración o una condena, entran en la regulación de la letra a) del artículo 1.<sup>º</sup> de la Ley comentada.

En estos juicios, si la cuantía del litigio es menor de dos mil quinientas pesetas, la competencia la tienen los Juzgados municipales o comarcales, y si excede de dos mil quinientas pesetas la tendrán los Juzgados de Primera Instancia. En cuanto a la determinación de la cuantía hay que tener en cuenta lo que dice la regla 8.<sup>a</sup> de la letra A) de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, que dice que la cuantía litigiosa será la realmente discutida, y si no se puede fijar así, entonces se tomará como módulo la renta de un año.

Ad b) en los demás juicios, si son de cuantía inferior a cinco mil pesetas, son competentes los Juzgados municipales y comarcales, y si excede de cinco mil pesetas lo son los de Primera Instancia. Pero ¿cuáles son estos juicios?

No cabe duda que entre ellos se encuentran los de la norma 2.<sup>a</sup> de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940; a saber: los juicios para pago de deudas nacidas de contratos de arrendamiento, los de intervención de cosechas y los de aseguramiento de bienes agrícolas o pecuarios litigiosos. Pero además podemos citar los relativos a mejoras o daños, en la finca, que sean resarcibles, los de reclamación de labores, de perjuicios por permanencia abusiva en la finca, los de repercusión de contribuciones, los de revisión de rentas o su conversión de dinero a trigo, los de retracto, de condonación de rentas por casos fortuitos, designación del familiar continuador en el arriendo, etc.

Contra las sentencias de los Juzgados municipales y comarcales cabe apelación ante los Juzgados de Primera Instancia. Así lo dice el art. 2.<sup>º</sup> de la Ley objeto de este comentario, rectificando la manera indirecta de expresarlo en la Ley de 28 de junio de 1940: «Las resoluciones que dicten los Juzgados de Primera Instancia en apelación de los municipales serán definitivas y no se dará contra ellas recurso de ninguna clase»; fórmula ésta que por sí sola no era suficientemente expresiva de la posibilidad de apelación ante el Juzgado de Primera Instancia de todas las sentencias de los Juzgados municipales y comarcales.

En la nueva Ley se conserva el carácter definitivo de las sentencias de los Juzgados de Primera Instancia dictadas en apelación de los municipales o comarcales.

En cuanto a las sentencias de las Audiencias territoriales, en cuantos pleitos conozcan de cualquiera de las tres normas de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, cabrá el recurso de revisión ante la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, con los requisitos, forma y plazos que en aquella Ley se dicen, cuando la cuantía del litigio sea superior a veinte mil pesetas.

Sin duda, se ha fijado el legislador en esta cifra, por analogía con el recurso de casación por infracción de ley, que solamente cabe en los juicios de mayor cuantía (superior a veinte mil pesetas, artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento civil). No hace aquí la Ley la distinción entre juicios sobre liquidación de la relación arrendaticia y los demás juicios, aunque resulta evidente que la cuantía es diferente según que sea reclamación de cantidad determinada (por ejemplo, de mejoras o daños) o que se fije la cuantía por la renta anual, que, por ejemplo, habrá de tener eficacia en varios años ulteriores, si se tratase de un juicio de revisión de renta.

De igual manera que la Ley de Arrendamientos Urbanos en su artículo 165 prevé que las sentencias irrecuperables ante el Tribunal Supremo, podrán ser objeto de un recurso en interés de la Ley, la disposición que comentamos autoriza al Ministerio Fiscal para que de oficio o a petición de la organización sindical, tramitado por la Delegación Nacional de Sindicatos, pueda recurrir ante el Tribunal Supremo de las sentencias definitivas recaídas en juicios seguidos ante los Juzgados de Primera Instancia y ante las Audiencias territoriales. Pero el Ministerio Fiscal podrá razonadamente negarse a interponer recurso de revisión cuando entendiere no ser procedente. Este recurso sólo puede fundarse en las causas 1.<sup>a</sup> (incompetencia de jurisdicción) y 3.<sup>a</sup> (injusticia, notoria por infracción de precepto legal) de la regla 7.<sup>a</sup>, letra A de la disposición transitoria 3.<sup>a</sup>.

Este recurso del Ministerio Fiscal es, como el autorizado por el artículo 1.782 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sólo en interés de la Ley y únicamente para formar jurisprudencia, sin que la sentencia que se dicte modifique la recaída en el Juzgado o en la Audiencia. Esto no obstante, con arreglo al artículo 1.782 de la Ley de Enjuiciamiento civil que se manda aplicar, las partes serán citadas y emplazadas para que, si les conviniere, se personen ante el Tribunal Supremo en el término de veinte días.

Aunque dice la Ley comentada que este recurso se interpondrá dentro de tres meses siguientes a la fecha de la sentencia, de la que se facilitará copia al Ministerio Fiscal o a la Organización Sindical, cuando la pidieren al Juzgado o Tribunal que dictó el fallo, hay que entender que se preparará en dicho plazo ante el Juzgado o Audiencia y se interpondrá en escrito razonado ante la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en los plazos y forma de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1940 y del artículo 1.782 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Con arreglo al artículo 1.782 citado, este recurso se entiende admitido en Derecho, sin que tenga que pasar por el trámite de admisión.

En lo demás se ratifican las normas procesales actualmente vigentes, que sólo en materia de competencia y recursos se entienden modificadas.

Quedan autorizados los Ministerios de Justicia y Agricultura para dictar normas para el desenvolvimiento, aplicación o más clara inteligencia de lo prevenido en esta Ley.

Y como disposición transitoria se establece que lo dispuesto en esta Ley no afecta ni a la competencia ni a los pertinentes recursos de los pleitos cuyas demandas hubiesen sido presentadas antes de entrar en vigor esta Ley, cualquiera que sea la situación procesal en que se encuentren. Y como nada se previene en cuanto a la fecha de entrada en vigor de la misma, habrá que aplicar la vacación de veinte días del artículo 1.º del Código civil.



# VIDA JURIDICA

## I. NOTICIAS

### A) NACIONALES

#### Conferencia del Profesor Hans Julius Wolff, en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

El dia 14 del pasado mes de octubre, bajo la presidencia del señor Arcenegui, y tras unas palabras de presentación del profesor D. Ursicino Alvarez, pronunció en el salón de actos del Instituto una interesante conferencia el Doctor Hans Julius Wolff, profesor de Derecho Romano en la Universidad de Maguncia. Disertó sobre los *Puntos de vista procesales y materiales en la Historia del pensamiento jurídico*, analizando cómo en la evolución jurídica se arrancó de la identificación entre el *ius* y la *actio* para después ir diferenciándose ambos conceptos e ir ganando en importancia el punto de vista material, al desconectarse y concebirse los derechos al margen de su protección procesal.

«Los sistemas legales primitivos nacen en el pleito», dijo el profesor alemán; el derecho subjetivo y la protección procesal se identifican plenamente. El Derecho Romano Clásico (al igual que el Derecho Inglés) no es sino un sistema de acciones. El tránsito de este punto de partida a la actitud científica que concibe los derechos y obligaciones en sí mismos es lento y va ligado a la historia de los antiguos pueblos; el conferenciante destaca esencialmente las fases de evolución en el Derecho Romano. Se refiere a la significación que la organización de la justicia estatal tuvo en la formación de los conceptos jurídicos, a la misión inicial del pleito como indicador de la procedencia o no de la *actio*, al surgir de los esenciales conceptos (dominio, obligación, sucesión, etc), al casuismo de los grandes clásicos (no orientados, sin embargo, por postulados procesales), a la significación de Gayo en esta evolución y tránsito del punto de vista procesal al punto de vista material... Es decisivo el abandono del Procedimiento formulario para la clara diferenciación entre Derecho Procesal y Derecho material. Consideraciones sobre el Derecho postclásico, prehelénico y justiniano, en el que ya es indiscutible el predominio del punto de vista material en la formulación de los conceptos.

Esto no significa que el punto de vista procesal pierda su importancia: las reglas científicas y abstractas de nada servirían sin una organización procesal a su servicio, sin un Estado que vele por su observancia; de la perfecta coordinación entre el dogmatismo teórico y la aplicación práctica de los conceptos e instituciones depende el que el Ordenamiento jurídico pueda conseguir la triple meta de Realismo, Flexibilidad y Lógica.

Carlos MELÓN INFANTE

## B) EXTRANJERAS

## Bélgica.—Registro Central mercantil

Para sustituir a la Ley de 30 de mayo de 1924, ya inadecuada a las necesidades del tráfico jurídico, Bélgica prepara una nueva normación, actualmente en trámite ante el Senado. En su dictamen, favorable al proyecto, la Comisión de Asuntos Económicos de la Cámara alta, justifica la reforma alegando:

- a) La necesidad de hacer obligatoria la inscripción, si realmente se quiere que el Registro sea un auténtico reflejo de la realidad jurídica mercantil;
- b) La conveniencia de centralizar la institución en una sede única—el Ministerio de Asuntos Económicos—para que se cumpla mejor su finalidad informativa y publicadora cerca de los Tribunales y de los interesados en la contratación mercantil;
- c) Permitir el acceso al Registro, junto a quienes merecen la calificación jurídica típica de comerciantes, a los artesanos, prácticamente considerados como detallistas por la Ley de 30 de abril de 1951;
- d) Modernizar el contenido de los libros registrales, radiando de ellos una serie de inscripciones caducas que, ya simples recuerdos inactuales de situaciones jurídicas desaparecidas, confunden al que los consulta;
- e) Establecer sanciones penales que reforzencen el sistema y completen las civiles hoy existentes; tales sanciones afectarán con particular dureza a quienes incumplan la obligación de inscribir su personalidad e historial jurídico-mercantil en el Registro.

Con la adopción del nuevo sistema, Bélgica parece haberse decidido, aunque sea tácitamente, por el camino señalado en la Convención de la Unión de París, en 1883, en cuanto a la creación de una Oficina Central de Documentación Comercial e Industrial. El nuevo Registro Central Mercantil sirve, al propio tiempo que la finalidad jurídico-privada que es típica a esta clase de instituciones homologadoras, otras de carácter económico, administrativo, fiscal y estadístico.

A. G. R.

## Bulgaria.—Derecho de la Nacionalidad

Las modificaciones acordadas por los Ulases números 337 y 587—singularmente este último, publicado en *Informations du Presidium de l'Assemblée Nationale*, de 5 de agosto de 1952—, cierran el ciclo iniciado por la Ley de 26 de marzo de 1948, en torno al nuevo ordenamiento de la nacionalidad.

Es ciudadano búlgaro por título originario el hijo de padre y madre búlgaros; si lo es uno de los progenitores, sólo tiene condición de nacional cuando haya nacido en Bulgaria o cuando, nacido en el extranjero, la ley personal del otro progenitor o la del lugar de nacimiento no lo consideren ciudadano suyo. Lo es también, por *civis soli*, la persona hallada, sin padres conocidos, en territorio búlgaro. La naturalización se simplifica considerablemente para los extranjeros de grupos étnicos afines que, renunciando a su ciudadanía anterior, se establezcan en la República popular. El matrimonio de un búlgaro con

un extranjero no implica cambio en su nacionalidad. Los hijos de un naturalizado adquieren, si son menores de catorce años, la nacionalidad búlgara de su padre; si mayores, habrán de conceptir expresamente en ello.

No pierde la ciudadanía búlgara, el súbdito que adquiere otra con autorización del Ministerio del Interior; la pierden automáticamente los extranjeros que, naturalizados búlgaros sin pertenecer a un grupo étnico afín, se expatrian. El Ministerio del Interior puede otorgarle un plazo para liquidar, en tal supuesto, los bienes que posea en la República popular, plazo que, en caso de una expulsión gubernativa, se transforma en procedimiento fiscal de liquidación y venta pública del patrimonio.

Puede ser privado de la nacionalidad búlgara: 1) El que abandona ilegalmente el país; 2) Los que hallándose en el extranjero rehusan, sin justa causa, incorporarse a las armas en caso de movilización; 3) Quien acepte, sin autorización del Gobierno, función al servicio de un Estado extraño o se enrola en el ejército extranjero; 4) Quien, hallándose en el extranjero, desoiga el requerimiento para incorporarse al territorio nacional en un plazo de dos meses; 6) Quienes, en el mismo supuesto, causen perjuicio al Estado búlgaro o pongan en peligro su seguridad o sus intereses.

La pérdida de la nacionalidad búlgara por uno de los cónyuges, no supone pérdida para el otro ni para sus hijos menores. Los bienes de las personas privadas de la ciudadanía se hacen propiedad del Estado.

La naturalización implica abono de un impuesto de diez mil levas, si se trata de una sola persona, o de quince mil, si de los dos cónyuges.

La nacionalidad no puede ser reclamada ni declarada judicialmente.

Todo ciudadano búlgaro que finja poseer una nacionalidad extranjera, será castigado con multa, en los casos leves, y con pena de trabajos forzados en los más graves.

Los búlgaros que, por haber poseído en algún tiempo el pasaporte Nansen hayan adquirido la ciudadanía soviética, pierden la suya de origen.

A. G. R.

## II. NOTAS CRÍTICAS

### 1.—«El dogma de la reversión de concesiones» (1)

Un estudio de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

Los múltiples inconvenientes del actual auge del intervencionismo estatal, entre los que no son los menores la hipertrofia legislativa en manos de tecnócratas y arbitristas, la burocratización cada día mayor y el arbitrismo de los funcionarios, puede tener si no un remedio total, sí un sedante, un amortiguador en el cultivo del Derecho administrativo por verdaderos juristas, que, de una parte, se hagan totalmente cargo de la realidad y de las necesidades actuales, económicas y sociales, y de otra parte, no hayan perdido el sentido de la justicia, base del Derecho, ni acepten el papel de meros corifeos de la Administración.

Al nombrar el Derecho Administrativo nos referimos, naturalmente, a algo más que a la colección, más o menos ordenada, de leyes, decretos y órdenes emanadas de la Administración. Hablamos de la ingente labor de aquellos juristas que han querido ordenar lo que sin su esfuerzo sería un caos y dotarlo con enfoque científico de una orientación jurídica.

Las disposiciones administrativas sin duda alcanzan la antigüedad de las primeras formas políticas. Hace 5000 años Urukagina se vanagloriaba de haber suprimido en Ningirsu (Mesopotamia) inspectores de granos, inspectores de buques, de pesquerías, de rebaño y cultivos... En cambio, el Derecho administrativo propiamente no nace hasta fines del pasado siglo, cuando se intenta la aplicación del método dogmático, entonces en boga en Derecho privado, para construirlo científicamente con el material acumulado por leyes y reglamentos.

En Francia marca un hito trascendental la publicación en 1886 de la primera edición de la obra de Eduard Laferrière *Traité de la Jurisdicción administrative et des recours contentieux*. Después los nombres de Hauriou, Duguit y Jéze han significado las cimas más importantes de esta construcción.

En Alemania, es Otto Mayer, que en 1896 publica su *Deutsches Verwaltungsrecht*, quien en una síntesis extraordinaria recoge toda la tradición camerística de la burocracia prusiana, de una parte, y, de otra, la técnica pandectística. Pero antes, ya Laband hizo aplicación al Estado del concepto de persona jurídica y Jellinek había aportado al Derecho público el concepto de relación jurídica.

En Italia, Vittorio Enmanuele Orlando, aproximadamente por los mismos años, inició esta orientación científica, que en Santi Romano tiene su máximo exponente, desde sus *Principi del diritto amministrativo italiano* (1901), hasta su *L'Ordinamento giuridico* (1918), que invadió la Teoría General del Derecho con nuevas concepciones.

Se construye el Derecho administrativo con la técnica del Derecho civil pero como exorbitante del Derecho común. Su base no puede ser la de enfocar de frente las relaciones entre el Estado y los particulares, ya que ésto

(1) Publicado en «Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín. (Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1962.)

equivaldría a la negación de su carácter de derecho porque en su elaboración el Estado sería a la vez legislador y parte. El plano desde donde debe extenderse la visual es más elevado. La Administración no se sitúa como parte, sino como el instrumento para la realización de la justicia distributiva. No hay que olvidar que el Derecho administrativo contempla la justicia distributiva preferentemente a la justicia commutativa. Y es esa función instrumental de la Administración la que el Derecho administrativo ha de reglar y acotar, cortando la arbitrariedad de los funcionarios encargados de ejecutarla, sin mengua de su eficiencia, manteniendo como garantía de justicia la debida separación de la función ejecutiva, realizadora, propiamente administrativa respecto de las funciones legislativas judicial y autenticadora dentro del mismo campo del Derecho administrativo.

\* \* \*

En España una nueva generación de estudiosos del Derecho, percatados de la extraordinaria importancia actual del cultivo del Derecho administrativo, están luchando por la revisión científica de sus conceptos e instituciones fundamentales. La Revista de Administración Pública recoge gran parte de los exuberantes frutos de esta labor, y sólo es de desear y esperar, que ese entusiasmo se concrete en conseguir la decantación y purificación de toda la labor administrativa, ahondando con la máxima intensidad en sus problemas, pero sin pretender, con una inversión de perspectiva, acentuar ni acelerar el continuo ensanchamiento de la actividad administrativa, cuyo desarrollo debe depender de razones metajurídicas. Lo único que al Derecho corresponde es el encauzamiento y la disciplina de esa actividad.

Eduardo García de Enterría y Carande, es uno de los jóvenes juristas que más han destacado en tal laudable esfuerzo. Pero, tiene además, ciertamente, el relevante mérito de haber ensayado, en el trabajo objeto de nuestra reseña, la aplicación del método histórico al estudio del Derecho administrativo. He aquí la confesión del autor: «El fundente que la conciencia histórica de nuestro tiempo ha aplicado con éxito a tantas ricas construcciones debe ser ensayado con urgencia sobre el Derecho Administrativo clásico, cuya relativización, por lo demás, prueba cada día la crisis de estructura (ya no de mera coyuntura) que estamos viviendo. Personalmente pienso que es acaso en esta tarea donde el futuro encierra las más substanciosas posibilidades de nuestra Ciencia, que es, como todas las Ciencias del Derecho, pero más que ninguna, una Ciencia pragmática y no dogmática».

Tiene razón Enterría al enfocar esta investigación con una visión dinámica de la Historia. Tal como es ésta, que jamás se para, que siempre sigue. Es algo más y muy distinto que una fotografía anticuada, tiene contrariamente la movilidad de un film. Por eso no hay que acudir a la Historia para resucitar lo que pasó y ya no es, sino para descubrir las raíces y las direcciones históricas aún vivas. Para captar la razón de los cambios de rumbo y orientación, saber si hoy deben corregirse o bien continuar, y en fin para hallar el por qué de ciertas concepciones a las que el presente no ofrece justificación y comprobar si su finalidad quedó ya cumplida, no siendo ya sino reliquias de un pasado, enquistadas en el sistema actual del que deben ser separadas como piezas desgastadas e inútiles.

Esta última labor, de derrocar un *mito jurídico*, el viejo dogma de la revisión de concesiones, es la que ha realizado con pleno éxito Eduardo García de Enterría en el trabajo a que nos referimos.

He aquí su tesis:

La reversión de las concesiones administrativas a los cien años, tuvo una finalidad preventiva, fué una precaución contra la llamada prescripción inmemorial, que fué pieza fundamental en el Derecho común. A las tres generaciones (*tria generatio*), según la racionalización escolástica, se ha perdido el testimonio directo de la memoria humana, fijándose en 33 años el promedio de una generación. Contra la posesión inmemorial o de cien años, que con presunción indestructible legitimaba la titularidad definitiva de cualquier particular sobre materia pública, ordinariamente atributo de la soberanía —regalias, franquicias, señoríos, cosas públicas, vinculaciones—, se estableció la cláusula de reversión, precisamente para ser efectiva a los noventa y nueve años, e impedir, así, que las cesiones reales—privilegia principis—pudieran llegar a consumar una pérdida definitiva del patrimonio jurídico del soberano, una enajenación perpetua de la soberanía. Pero, además, el uso de esa cláusula, vino impuesto por un principio fundamental que, como tal, debía sobreponerse incluso al interés y a la propia potestad del Rey: el principio de la inalienabilidad de los derechos mayestáticos.

Así pues—dice Enterría—, con la cláusula de reversión, el Rey trató de evitar la pérdida definitiva de los derechos propios que hubiese cedido, y, a la vez, cohonestar la posibilidad de estas cesiones con la regla de la inalienabilidad, impuesta al mismo como ley fundamental del Reino. Su mecanismo consistió en una restitución predeterminada y automática con eficacia *ex nunc*, frente a la *ex tunc* propia de la restitución, que evitaba la violencia de una declaración revocatoria.

Pero hoy día en la moderna concesión administrativa, la cesión de funciones públicas, ya no implica una franquicia definitiva respecto del poder concedente, sino una mera cesión de la gestión sin pérdida por la Administración de la titularidad última. Además, la institución de la posesión inmemorial desaparece en su aplicación a los Derechos soberanos, estos ya no son regalias, potestades concretas y determinadas, sino contenido instrumental de una posición general y abstracta de superioridad, en que la soberanía consiste a partir de la forma política en desarrollo progresivo del Estado moderno.

En el Derecho moderno nadie puede ostentar una prerrogativa de función pública a título personal, ni por tanto conseguirla por tiempo de prescripción alguno.

Por tanto, la reversión no cumple ya los fines políticos que antaño llenara y en cambio está jugando un papel decisivo en la crisis actual de la concesión administrativa. Si un mismo remedio puede sanar o matar al mismo individuo, según el momento y la oportunidad, hoy la reversión separada de los principios que la justifican y explicaban, antónomamente ha jugado irracionalmente.

Las grandes concesiones de ferrocarriles, de gran eficacia para la instalación del servicio, entraron verticalmente en crisis cuando su fase final, es decir la reversión, se acercaba. Ante la imposibilidad de la amortización industrial, las necesidades diarias impusieron un proceso de decapitalización, en el cual

padecían no sólo el servicio público sino la propia economía nacional, a la que se restaban paulatinamente capitales ingentes invertidos para necesidades diarias del gasto. El mito de la reversión sacrificaba así, de una manera impresionante e imperturbable, acorde con su naturaleza mítica, toda suerte de intereses reales. La crisis de la concesión quedó sancionada a través de una experiencia presente aún en la generalidad de países.

Sin embargo despojada la concesión de sus ingredientes míticos—totalmente inactuales y, por tanto, perturbadores—y reconstruyéndola pieza por pieza con arreglo a los principios y a las necesidades nuevas, el esquema clásico de la concesión administrativa puede ser salvado. En unos casos, la concesión deberá afirmarse indefinida, en otros, limitadamente temporal, pero sin una reversión del establecimiento; en otros finalmente deberá constituirse esta reversión en conexión con el concepto y las necesidades de la amortización industrial.

\* \* \*

Este es el resultado que logra García de Enterría gracias a una estudiada perspectiva histórica. Pero, más que ese resultado expléndido y sin duda fructífero, interesa la magnífica lección que nos ofrece de cómo debe realizarse la valoración histórica de la realidad jurídica con método realista, es decir no encerrado cronológicamente en una visión estrecha, que limitada al hoy sería miope, sin perspectiva, sin percepción dinámica, sino al contrario precisamente con amplia visión de su panorama intertemporal, con percepción del suceder y de las causas que lo han motivado. Precisamente por eso, por remontarse a las más hondas raíces de la institución estudiada, el dianóstico de Enterría ha sido tan certero, tan exacto, tan eficaz.

La investigación de Enterría aparece sólidamente cristalizada en el trabajo que comentamos. Los peldaños están firmemente apoyados y ordenados hacia la conclusión lograda. Están formados por el estudio sagaz, certeramente enfocado a su momento histórico en textos y leyes: de la prescripción inmemorial; de la cláusula de reversión vista como reserva frente a ella; de la *lex fundamentalis* de la inalienabilidad de los derechos mayestáticos, como fundamento de la reversión, y de la misma cláusula de reversión examinada como garantía de la inalienabilidad, con sus aplicaciones en Derecho real y en Derecho internacional.

\* \* \*

Para los privatistas es especialmente interesante el estudio que hace Enterría de la posesión inmemorial (*vetustas*).

No hay inicialmente en ella—explica—sombra de mecanismo prescriptorio, sino singularmente, una extensión particular de la virtud legitimadora de la posesión como presunción *iuris tantum* de título, que si en general debe ceder cuando existe una vigencia positiva de título formal y directo, en cambio, alcanza la posibilidad extraordinaria de suplir a éste si la posesión llega a ser inmemorial. Es del Derecho común—como hemos visto—la tasación en cien años del límite donde se inicia la inmemorialidad. Sólo el título contradictorio de antigüedad menor a los cien años puede oponerse a la posesión centenaria.

De ese modo, sutilmente, sin perder su carácter de prueba, *iuris tantum*, la posesión inmemorial de hecho se transforma en una verdadera prescripción que suple al título. Gregorio López y Antonio Gómez dan testimonio de que esa

*possessio per tempore immateriale habet vim legitime tituli concessionis por que tunc ex tali tempore immemorialis probaretur titulus.* Aunque presenta ciertos matices diferenciales respecto de la verdadera prescripción en cuanto sus requisitos y a la circunstancia paradigmática de que su campo de aplicación es precisamente el de los derechos imprescriptibles, así como el de las *res extra commercium*, que no podían ser objeto de las prescripciones ordinarias, ni extraordinarias—*omnia, excepto libero homini, usucapiuntur centum annis*, dice Gregorio López, respaldado con citas de la Glosa y de los autores—.

Así por la prescripción centenaria podían adquirirse las cosas eclesiásticas, los señoríos, regalías, cosas públicas, los mayorazgos—ley 41 de Toro—, se daban por extinguidos los privilegios de franquicia y exenciones, y por modificados—incluso en cuanto la alteración del orden o las líneas de sucesión—o extinguidos los mayorazgos, como certifica el testimonio de Antonio Gómez, del Doctor Luis de Molina y de Gregorio López.

\* \* \*

En suma, en unas pocas páginas, Enterria nos ha ofrecido una lección de método histórico-crítico aplicado al Derecho, ha resuelto certamente una trascendental cuestión de Derecho administrativo, de palpitante interés económico social, nos ha brindado el estudio de una interesante cuestión de Derecho común y nos ha expuesto la doctrina de nuestros clásicos y la de los más modernos tratadistas de Derecho administrativo. Todo en forma diáfana de grata lectura, con prosa clara, sugestiva y bella.

Juan VALLET

## 2.—En torno al «Trattato del nuovo diritto commerciale: Società a responsabilità limitata»

1. Al escribir la recensión del vol. II, de su monumental Tratado, haciamos nosotros fervientes votos porque el prof. Mossa pudiese dar cima a la gran labor comenzada en 1942, y he aquí, ahora, que tenemos la satisfacción, como discípulos y amigos, de recibir este nuevo volumen, dedicado a las sociedades de responsabilidad limitada; el cual, según dice el autor en la *prefazione*, constituye dentro de sus planes el puente de unión entre el dedicado a las sociedades personales y aquél otro en que se estudiarán las anónimas. Este suponemos que habrá pasado, desde ahora, a su telar infatigable de investigador y publicista. Dios ha de querer, sin duda, que el Profesor Lorenzo Mossa acabe pronto la publicación de su Tratado. Este quedará en la historia del Derecho mercantil como ejemplo de una de las obras científicas más amplias que haya intentado un solo hombre; ¿será este Tratado de Mossá, por cierto, uno de los últimos de tipo «unipersonal» que conozca la ciencia del Derecho privado como

(\*) LORENZO MOSSA: *Trattato del nuovo diritto commerciale*. Vol. III. «Società a responsabilità limitata». Padova, 1963. Ed. Cedam. (479 págs.)

obra exhaustiva y omnicomprensiva? Tal vez. La complejidad que ha llegado a tener la doctrina *neoprvóstica* es impresionante, capaz de desanimar a cualquiera. La utilización de los autores extranjeros, particularmente interesantes en materia mercantil, obliga a dominar un panorama de lenguas y sistemas jurídicos que sólo con muchos años de preparación puede lograrse. De ahí que se desarrollen ahora las obras científicas de tipo colectivo, las colecciones de monografías, presididas por un cierto criterio de unidad. Hoy día, se prefiere profundizar en los temas con la bártena del análisis. Pongamos por ejemplo, para no salirnos de la doctrina mercantilista italiana, las monografías de un Bigiavi. El Diccionario de Vasalli representa, por otra parte, un ejemplo de lo que puede ser el tratado del porvenir.

II. El caso es que Lorenzo Mossa ha seguido y seguirá adelante con su empeño. «Hasta la fecha—dice en el lugar citado—no ha visto la luz de un Tratado dogmático que lleve a la práctica multiforme, sedienta de exactitud y comprensión, la palabra de una ciencia del Derecho fiel a su ideales. En esta materia, que está en efervescencia en la vida, y dada la esperanza en una revisión inteligente del Derecho positivo, la palabra de la ciencia es improrrogable.»

He aquí señalados por el propio autor sus elevados propósitos. Digamos, por nuestra parte, que esas observaciones previas resultan todavía más pertinentes para el Derecho español, donde escasea la doctrina moderna sobre esta clase de sociedades, y donde, por cierto, acaba de inaugurar su vida legislativa con la Ley de 17 de julio de 1953. La obra del ilustre Profesor italiano no ha podido escoger mejor momento para llegar a nuestra Patria, cuando es de esperar que comience la elaboración doctrinal y de Jurisprudencia en torno al breve texto recién nacido. En esta elaboración ha de influir, sin duda, la obra que comentamos. Ojalá que así sea, porque Mossa es un jurista de aquellos que no son fieles más que a los ideales de la ciencia del Derecho. Lo dijimos ya al glosar el segundo volumen de su Tratado, pero es preciso repetirlo: Mossa representa en el Derecho mercantil de hoy la voz que clama insistente por los ideales sociales de nuestro tiempo. El es uno de los que más han hecho por conciliar el Derecho privado con el Derecho de la economía y el Derecho social sobre la base de exaltar al máximo la personalidad humana. Mossa ha llamado siempre a la buena fe de las conductas y a la responsabilidad del comerciante por sus actos.

III. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada le mueve al Profesor de Pisa una gran pasión crítica frente a la regulación hecha de la misma por la codificación mussoliniana. Realmente no se pierde ocasión en el libro para atacarla, señalando uno por uno sus defectos. Así, por ejemplo, el sistema de remitirse en muchos casos el nuevo Código a la regulación de las sociedades anónimas le crispa los nervios, cuando lo enjuicia como procedimiento de técnica legislativa (pág. 210). Digamos de pasada que nuestra Ley no lo ha querido imitar, habiendo parecido preferible copiar a la letra ciertos textos (art. 5.<sup>o</sup> y 6.<sup>o</sup>, por ejemplo). Las cosas quedan así mucho más claras.

En particular, ya veremos cómo imputa gran cantidad de defectos y lagunas a la regulación del nuevo Código, el cual, como es sabido, no es santo de la devoción del Maestro de Pisa (recuérdese su enconada polémica con Asquini en las páginas de la *Revista de Diritto Commerciale*).

IV. Mossa ha comenzado su tarea constructiva en torno a la sociedad de

Responsabilidad Limitada, planteándose el problema de su esencia (véase un artículo suyo en la *Revista de Derecho Privado*, que es capítulo de este volumen. Mayo, 1953, págs. 84-110).

Este planteamiento era obligado por la discusión ya vieja—o mejor dicho caduca—sobre la naturaleza personalista o capitalista de la S. R. L. Se trata de afirmar la autonomía de ésta encontrando un terreno virgen donde instalarla con perfiles propios. Hay que dejar de decir, en efecto, que la S. R. L., es una colectiva a la que no se aplica el artículo 127 del C. de C., o bien que es una anónima simplificada. Para ello, Mossa parece partir del problema, verdaderamente básico para el Derecho mercantil, de la limitación de responsabilidad y, en concreto de la cuestión sobre la limitación de responsabilidad del comerciante individual.

Sabido es que él siempre ha sido enemigo de tal limitación, como contraria a lo que pudieramos llamar sus convicciones «humanistas». Ahora, en cambio, parece desdibujarse su pensamiento anterior, al menos si acertamos a comprenderlo adecuadamente, en cuanto ve la esencia de la S. R. L. en la personificación de la empresa individual con la consiguiente limitación de responsabilidad, y admite la S. R. L. constituida por un solo socio y la creada por otra sociedad. «En el centro perfecto de los tipos personalistas o capitalistas o de los tipos híbridos o bimembres y exactamente en el corazón de la S. R. L. está la sociedad de un solo socio. Y ésta es la más grande encarnación de la S. R. L., y, antes bien, su verdadera esencia. Es la esencia de la personificación de una empresa individual» (pág. 877).

Quien ha sido siempre enemigo de la anónima unipersonal y de la limitación de responsabilidad del comerciante, ¿cómo abre ahora la mano para la S. R. L. de ese tipo?

Cierto que, como él advierte, «el tejido jurídico de la sociedad anónima es corporativo, aunque no exclusivamente corporativo»; es decir, que el problema se plantea diversamente para cada uno de esos dos tipos de sociedad. A pesar de todo, no estamos de acuerdo, por ahora, con el pensamiento de Mossa. Al menos en Derecho español, la esencia de la S. R. L. debe verse en la personificación de la pequeña empresa de dos socios como mínimo, fundada en la confianza o en el parentesco, más bien que en la de la empresa individual. Es ésta una constatación de tipo sociológico que tiene reflejos legislativos, en cuanto se limita el capital de la S. R. L. (a cinco millones) y su número de socios (a 50). Cierto que en la práctica—y los notarios sabemos algo de ello—el ropaje de la S. R. L. se lo pone muchas veces, con ayuda de testaferros, un empresario individual. Cierto que la nueva Ley no exige, como había hecho la de anónimas, la concurrencia de tres socios fundadores (para la fundación simultánea); pero la base corporativa de la S. R. L., apoyada en la exigencia de dos socios del artículo 116 del Código de Comercio, está presente en la regulación legal (el artículo 7º da por supuestos que son varios los socios fundadores y, por lo tanto, la necesidad de acuerdo para la voluntad social. Véase, además, la regulación de los órganos que hace el Capítulo III).

Nada, pues, de personificación de la empresa individual, sino de la pequeña empresa, que no es lo mismo.

Claro está que esa audaz postura de Mossa está compensada, en parte, con otra idea, que según él, pertenece también al núcleo esencial de la S. R. L.

Diríamos, utilizando una de sus expresivas metáforas, que la responsabilidad limitada de los socios está situada en un plano inclinado hacia la de tipo ilimitado. Esta es una de esas ideas fecundas de Mossa que iluminan con luz nueva todos los problemas de la S. R. L. En cualquier caso de transgresión de las normas legales, de enmascaramiento o escamoteo del capital, de incumplimiento de las obligaciones de los socios o de los administradores, la sociedad pervive como persona jurídica; pero Mossa sostiene la metamorfosis de la responsabilidad en el sentido indicado y la de la misma S. R. L. en sociedad colectiva, como tipo éste más favorable para los acreedores.

Verdaderamente, impresiona la serie de veces y casos en que, según el autor, procede exigir la responsabilidad ilimitada. Es ésta una postura que hemos de aplaudir y sotener para el Derecho español, fundándola en principios generales, que, por cierto, dan frutos a veces en la Ley (véase art. 9.º).

Muchos otros rasgos fuertemente originales encontramos en el trazado mossiano de la S. R. L. Se afirma, por ejemplo, el importante papel que en su vida tiene que jugar el Registro, de acuerdo con la teoría de la apariencia y de la publicidad entendida como deber del empresario frente al público, teorías éstas que tanto impulso han recibido de Mossa. Resulta curioso que la obligatoriedad de la inscripción dentro de un plazo prudencial—toda vez que no ha sido perentoriamente señalado—, así como las nuevas ideas sobre la publicidad registral, pueden apoyarse en España en la palabra «deberá» del artículo 5.º, repetida oportunamente en el 16, no menos que en el sistema de la L. S. A. que, en definitiva, responde a una nueva visión general del Derecho mercantil a través de la empresa.

Se refiere Mossa, en muchos pasajes de su obra, a la serie de garantías impuestas a la S. R. L. en el momento de su fundación: la exigencia de un capital mínimo se da—dice—en casi todos los Derechos. No así en el español; pero, ¿cómo hubiera sido posible seguir tal sistema, después de no haberlo utilizado para la S. A., que se puede constituir teóricamente con un capital infímo?

Tampoco han pasado al Derecho español—tal como ha quedado la Ley después de los retoques en las Cortes—las garantías de desembolso del capital, como, por ejemplo, la justificación por resguardo bancario a nombre de la sociedad de la aportación dineraria.

Por éstas y otras muchas razones la Ley española, en comparación con el sistema de rigor preconizado por Mossa, da la impresión de ser extremadamente flexible y liberal. Todo queda en ella a merced de los fundadores. Ciertamente, parece que después de ser rigoristas en la L. S. A. se ha querido ahora ofrecer una fuerte compensación por el legislador español. Tal vez ello haya sido, en definitiva, lo más acertado con vistas a nuestro ambiente industrial y mercantil.

Mossa propugna con amplio criterio las prestaciones accesorias admitidas en la Ley española, así como las llamadas obligaciones complementarias que, a mi modo de ver, pueden cabrer con cierto esfuerzo dentro de aquéllas.

Vuelve el autor italiano a repetir sus conocidas ideas sobre el carácter legal que debe atribuirse a los Estatutos sociales. Ello implica, naturalmente, una visión del todo particular sobre la teoría de las fuentes del Derecho (formulada en el primer volumen de su Tratado). Dado el estado de nuestra doctrina, será difícil admitir entre nosotros una postura tan vanguardista; pero,

en todo caso, habrá que reconocer las especialidades que ofrece la interpretación de las cláusulas estatutarias, muy distintas de la de los contratos en general. Esta postura hay que relacionarla con la mantenida por él sobre la naturaleza de la sociedad, que se reitera en esta obra, negando su carácter de contrato y el juego de la bilateralidad o reciprocidad. Es esta una zona del pensamiento mossiano en la que se acentúa la originalidad más bien que la fuerza de convicción.

Muy cuajadas de frutos se presentan, sin embargo, sus ideas anticontratualistas a la hora de estudiar el difícil problema de la nulidad de la S. R. L. Es posible que sea ésta una de las partes más interesantes de su obra, muy útil para la crítica—que ha de ser demoledora—del sistema instaurado en nuestro Derecho por la L. S. A. en su artículo 7.º, desgraciadamente transcrita en el 6.º de la L. S. R. L.

En este rápido repaso de las cuestiones capitales de la S. R. L. hemos de referirnos, por último, a la que plantea la circulación de las partes sociales. Frente al sistema del artículo 20 de la Ley española, copia de cláusulas estatutarias muchas veces repetidas, se ha podido pensar por alguien en una trai-ción de los caracteres personalistas de la S. R. L. Digamos, una vez más, siguiendo al maestro de Pisa, que resulta inadecuado plantear así los problemas de la S. R. L. Prueba de que ésta es un tipo nuevo, equidistante de la colectiva y de la anónima, es justamente el original sistema del artículo 20, en el que palpita el sentido que, según Mossa, debe de tener la circulación de la parte social. «La parte social de la S. R. L.—dice—está entregada naturalmente según el Código Civil (italiano) a la circulación... Porque la S. R. L. es, ante todo, una empresa con limitación de responsabilidad es por lo que sus caracteres como empresa son perennes y no se alteran por la circulación de la parte. El ordenamiento quiere que la S. R. L. alcance su continuidad en un ambiente económico que la dote de una fresca renovación de fuerzas personales y capitalísticas. En la sociedad por acciones, la circulación es más activa, sumergiéndose en el mundo de la Bolsa y del mercado de acciones (pág. 284).

V. Cerramos así estas breves notas, con las que quisieramos, sobre todo, haber alcanzado un propósito: demostrar el enorme interés que la obra de Mossa puede tener para nosotros, que hemos de emprender el estudio y la aplicación de una Ley nueva sobre S. R. L. Hubieran sido innumerables los ejemplos a aportar. Problemas y más problemas de este tipo de sociedad no resueltos por nuestra Ley ni por nuestra Jurisprudencia, ni siquiera atisbados por la doctrina, pueden encontrarse certeramente tratados en el volumen que comentamos. Mossa recoge esta inmensa problemática de los comentaristas alemanes, austriacos y suizos, principalmente. Su libro tiene así un horizonte europeo, de modo que, a través de sus páginas, podemos disfrutar cómodamente de los grandes avances realizados hasta la fecha.

Fiel a sus propósitos y a su sistema, con el estilo vital, directo y luminoso de siempre, Mossa ha dado una nueva lección a los mercantilistas de todo el mundo: una completa lección sobre lo que es y todavía más, sobre lo que debe ser la S. de R. L. El camino está ahora preparado para ir a la reconstrucción dogmática de la sociedad anónima. La futura obra suya se adivina ya en los numerosos pasajes del volumen en que se alude a este tipo social, con el fin de separarlo nítidamente de la S. R. L.

Una vez más y siempre haremos votos por que la gran obra científica del profesor Lorenzo Mossa se corone con ese volumen. Ojalá sea pronto.

Mientras tanto debemos felicitarle por éste que acaba de aparecer; es más, a nuestro modo de ver, tiene interés más que suficiente para justificar su traducción al castellano. Como decíamos al recensionar su volumen II, el Tratado de Mossa no se circunscribe a un solo sistema de Derecho. Son las líneas básicas de un Derecho Mercantil general, eminentemente europeo, las que en él se contienen. De ahí que sea digno de difusión. Con unas simples notas al pie que concordarán sus despliegues de problemática con el nuevo texto español, dispondríamos de una obra utilísima para los teóricos y aún más para los prácticos (si es que se admite esa peligrosa distinción). He aquí, pues, una magnífica oportunidad para un estudio tan rápido como profundo de la nueva Ley española de S. R. L.

A. BALLARÍN

### III. DICTAMENES

#### Dictamen sobre mejora condicionada <sup>(1)</sup>

**ANTECEDENTES.**—Don J. D. falleció bajo testamento otorgado ante Notario el 31 de mayo de 1921, disponiendo lo que resulta de las cláusulas siguientes:

«Tercera.—Lega las dos quintas partes del tercio de libre disposición de su herencia a su hijo R., a quien sustituirán los demás hijos del otorgante, C. y F., sucesivamente.»

«Cuarta.—A salvo la legítima usufructuaría que a su mujer le corresponde, mejora en un tercio de su herencia a su hijo R., con la misma sustitución establecida para el legado anterior.»

Quinta.—«El legado y mejora expresados se entenderán hechos con la precisa condición de que el agraciado ha de vivir en la casa que actualmente habitaba el otorgante, pues de lo contrario perderá la gracia y pasará ésta al sucesor.»

Sexta.—«En el remanente de su haber instituye por únicos y universales herederos a sus hijos R., C. y F., en partes iguales.»

Antes que el testador, había fallecido su mujer y madre de los herederos de aquél. Y al cabo de poco tiempo de la muerte del primero, falleció igualmente su hija F., a la edad de siete años.

Los otros dos hijos, R. y C. fueron a vivir, a la muerte de su madre, a casa de su tutor. Casado después R. en 1929 vivió desde entonces en casa de sus suegros, en unión de su hermano C., hasta que riñó aquél con su mujer, por descubrir ésta que se hallaba amancebado.

Durante todo el tiempo en que vivieron unidos los cónyuges, nunca pernoctaron en casa del testador. Después de la separación, R. ha ido a vivir sólo, fuera de la compañía de su mujer y de sus siete hijos, a la citada casa del testador, donde pernocta, cuando no lo hace (cosa frecuente) en el domicilio de su concubina.

En alguna ocasión R., que se halla en posesión de todos los bienes de la herencia, entregando parte de los frutos de la misma a su hermano C., ha ofrecido a éste la convivencia en la casa del testador, sin que el segundo accediera a tal invitación.

**CONSULTA.**—Pregúntase: Si subsiste actualmente la mejora otorgada por el padre, o si ha quedado sin efecto, y en el primer supuesto quién de los dos hijos supérstites tiene derecho a ella, y en otro caso, destino que debe darse a los bienes objeto de la misma.

#### DICTAMEN

##### I

Para dar cumplida respuesta a la pregunta que el consultante formula, resulta procedente detenerse en el examen de las cláusulas testamentarias, y en especial de la quinta, para determinar la naturaleza, requisitos, alcance y vir-

(1) Del bufete de don Juan Bautista Jordano Barca.

tualidad de la institución de mejora que se establece en la últimamente citada.

Pero advirtamos, desde luego, que por ser claro y expresivo el texto de dichas cláusulas, en cuanto que basta la simple lectura de las mismas para colegir por modo inequívoco el propósito e intención del testador, deberemos atenernos en un todo a ese literal contexto, para dar cumplimiento al precepto contenido en el artículo 675 del Código Civil, suficientemente interpretado por el Tribunal Supremo, entre otras en sus sentencias de 3 de junio de 1942 y 6 de marzo de 1944.

## II .

El testador instituye una mejora en favor de sus tres hijos; señala que tal beneficio corresponderá sucesivamente a R. C. y F., por vía de sustitución; y subordina la dicha mejora a «la precisa condición de que el agraciado ha de vivir en la casa que actualmente habita el otorgante, pues de lo contrario perderá la gracia y pasará ésta al sustituto».

Resulta, pues, que la mejora puede llegar a los instituidos en segundo y tercer término, por vía de sustitución (a tenor de la cláusula cuarta), y por vía de sanción (en cumplimiento de la cláusula quinta).

Como quiera que es a esta segunda hipótesis a la que se refiere la consulta, a ella nos ceñiremos en nuestro dictamen.

## III

Ante todo, conviene determinar si la disposición testamentaria contenida en la cláusula quinta entraña una condición en sentido estricto o significa más bien un modo o carga impuesta al mejorado.

A juicio del Letrado que suscribe, parece claro que nos encontramos ante un supuesto de condición en sentido técnico, y así lo entiende por los términos rotundos y categóricos en que se expresó el causante.

Bastará recordar que, según entiende CASTÁN, para que haya modo es preciso «que se trate de un *fin secundario* (para excluir la *causa* que es el fin principal del acto), que sea referente al futuro (con lo cual eliminamos los motivos del acto), que no afecte a la existencia del fin principal, o lo que es igual, que no envuelva función suspensiva (descartando con ello la idea de condición), y por último que ese fin vincule y sea obligatorio (para no confundir el *modo* con el *consejo* o *medum praeceptum*)» («El modo en los actos jurídicos», en «Revista de Derecho Privado», t. VIII, 1921, pág. 203).

Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de enero de 1928, señaló con claridad las diferencias que separan la condición del modo, al establecer como doctrina:

«Que son requisitos esenciales que caracterizan la condición jurídica, que consista en un hecho futuro e incierto, y se halle determinada por la ley o por el texto del cual arranque su nacimiento, la influencia que ha de tener su cumplimiento sobre la relación a que afecta».

Que la condición suele expresarse ordinariamente, con la particula si, o mediante el adverbio cuando, aunque se puede enunciar también en otros términos, si de que el suceso se realice se hace depender los efectos de la correspondiente relación o acto jurídico».

«Que constituyen el modo las designaciones de un fin especial para el que un acto se dispone o una convención se estipula».

«Que de la realización de la condición depende la exigibilidad o la resolución del derecho condicionado».

«Que, concurriendo el modo en los actos *mortis causa*, puede pedirse, desde luego, la efectividad del derecho otorgado, aunque subordinada al posterior cumplimiento del fin expresado en la disposición testamentaria».

#### IV

La condición a que subordina el testador la eficacia de la mejora, se cifra en que el agraciado por ella viva en la casa que él habitaba al tiempo del otorgamiento.

Quería sin duda el *de cuius*, siguiendo vieja costumbre en el campo gallego, vincular a la casa petrual a aquel que, por ser mejorado, estaba especialmente llamado a continuar el recuerdo familiar. Y para eso establece como condición que habite en la casa que él habitaba, que resida en la misma como jefe de ella a la vista de todos (Vid. FUENMAYOR, *Derecho Civil de Galicia*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», t. I, págs. 245 y ss.; y, del mismo autor, *La mejora de labrar y poseer*, en «Anuario de Derecho Civil», t. I, 1948, págs. 878 y ss.).

Poco importa a los efectos de la consulta, averiguar si la condición establecida tiene naturaleza suspensiva o resolutoria, por cuanto a la hora del incumplimiento—que es lo que nos ocupa—sus efectos son equivalentes: la pérdida de la mejora y el llamamiento del sustituto.

Pero si importa dilucidar si nos hallamos ante una condición potestativa en sentido estricto, o ante una condición casual, porque, como luego indicaremos, es distinto el régimen que establece nuestro Código Civil sobre el momento en que debe cumplirse, o en que ha de tenerse por incumplida, la condición de una y otra especie.

A nuestro juicio, no ha tenido a lo largo del tiempo una idéntica naturaleza la condición que examinamos, debiendo distinguirse dos etapas cuya línea fronteriza viene señalada por el día en que el primer instituido contrajo matrimonio, o salió de la tutela.

Durante el periodo en que se encontraba sujeto al poder de su tutor, la condición tenía naturaleza casual, porque no dependía su cumplimiento de la voluntad del instituido, toda vez que a tenor del artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el domicilio de los menores o incapacitados sujetos a tutela es el de sus guardadores. De donde resulta que sólo pudo habitar en la casa señalada por el testador, si así lo determinaba su propio tutor. Y por eso, por no depender de su voluntad, sino de la voluntad de un extraño el cumplimiento de la condición, ésta tenía carácter casual.

Y no se diga contra el carácter casual de la condición durante este tiempo, y en defensa de su carácter potestativo, que para que tenga la primera de esas naturalezas ha de tratarse de una condición ajena a toda idea de personalidad, pues razón tiene MECUM SCAEVOLA, al decir que «como el término casual se contrapone al potestativo, por depender aquél de hechos extraños a la voluntad y a la actividad del sustituido, para que esta circunstancia concorra

basta simplemente con que se trate de hechos de un tercero exclusivamente» (*Código Civil comentado*, 5.<sup>a</sup> edición, tomo XIII, Madrid, 1944, pág. 834).

Pero esa condición, casual en el primer periodo, se convirtió en potestativa desde el dia en que R. contrajo matrimonio, si es que no había salido anteriormente de la tutela, por mayoría de edad u otra circunstancia, en cuyo caso desde ese mismo momento de la emancipación, recibió el carácter potestivo a que antes nos referimos.

Tal carácter viene determinado por la razón sencilla de que, desde entonces, podía regir su persona, y podía libremente elegir su propio domicilio; lo cual es corolario de la plenitud de derechos civiles que confiere la mayoría de edad (artículo 320 del Código Civil), o de la mayor capacidad que otorga la emancipación (artículo 317 del propio Código).

## V

Importa ahora—una vez determinada la naturaleza de la condición—precisar el momento en que debía cumplirla el agraciado por la mejora. Y aquí aparece ya la diferencia de régimen de nuestro Código a que antes nos hemos referido, según se trate de condición casual o potestativa.

Para la primera, ordena el artículo 796 que «bastará que se realice o cumpla en *cualquier tiempo*, vivo o muerto el testador, después de ser el testamento otorgado».

Otra cosa dispone para la condición potestativa, pues a tenor del artículo 795 ha de ser cumplida por el heredero «*una vez enterado de ella*, después de muerto el testador».

El contraste de uno y otro régimen aparece claro: mientras la condición casual puede cumplirse en cualquier momento, la potestativa ha de ser cumplida precisamente apenas, muerto el testador, tenga de ella conocimiento el heredero.

Y se comprende, por cuanto la condición potestativa depende exclusivamente de la voluntad del instituido, que, una de dos, o cumple inmediatamente, porque acata inmediatamente también la voluntad del testador, o ha de entenderse que no quiere cumplir, porque el incumplimiento no puede tener justificación alguna.

Si aplicamos lo dicho anteriormente a nuestro caso, vemos claro que durante el tiempo en que R. se hallaba sometido al poder tutelar, por ser casual frente a él la condición, no puede hablarse de que tal condición quedara incumplida por la circunstancia de no habitar en la casa señalada por el causante.

Y decimos que faltó la condición porque el testador le había ordenado vivir en la casa dicha, y en ella no vivió porque pernoctaba habitualmente con su mujer y con sus hijos en otra casa.

¿Cabrá pensar en un cumplimiento retardado de la condición?

La respuesta debe ser negativa por varias razones.

Vemos, de una parte, que no pernocta diariamente en la casa del testador, por hacerlo muchas veces en casa de su concubina. Esto por sí solo podría ya estimarse suficiente para tener por no cumplida la condición.

Pero, además, no debe olvidarse un aspecto moral del más alto valor: la circunstancia de que su mujer y sus hijos viven alejados de esa casa, con lo cual se quiebra lo que fué indudable designio del testador: que el agraciado

por la mejora mantuviera a los ojos de todos el prestigio de la casa petrual, ciertamente empañada por la circunstancia antes referida.

Sin embargo, prescindamos de las dos razones que acabamos de exponer y que fácilmente podrían tacharse de sútiles. Existe una razón fundamental para estimar que no se ha producido un cumplimiento retardado de la condición. No se ha producido el cumplimiento retardado, porque no puede producirse, porque tres son las únicas etapas de todo derecho condicionado: *pendiente conditione, existente conditione, deficiente conditione*. O la condición pende, o se cumple, o resulta incumplida definitivamente.

La condición pendía durante todo el tiempo que tuvo naturaleza casual, porque pudiendo cumplirse en cualquier momento no se sabía si se cumpliría o no.

Pero una vez que se convirtió en potestativa, o se cumplía inmediatamente por el heredero, de acuerdo con el artículo 795 del Código Civil, o quedaba incumplida para siempre. Este último es el caso para el heredero R., que por haber incumplido la condición perdió la gracia por disposición taxativa del testador en la cláusula quinta.

### VII

Incumplida por R. la condición, cabe preguntar si la mejora corresponde a C., primer sustituto.

El problema debe resolverse también negativamente, por la razón sencilla de que pudiendo cumplirla como podía, no quiso hacerlo voluntariamente. En la consulta se nos dice que R. ofreció a C. la convivencia en la casa del testador, sin que el segundo accediera a tal invitación.

Para él se trata también de una condición potestativa por ser mayor de edad, lo que deducimos de la fecha en que fué otorgado el testamento, en la cual ya existía el hijo C.

### VIII

Perdido el derecho a la mejora por los dos hermanos, y fallecida sin sucesión la llamada en tercer término, resta ahora averiguar el destino que ha de darse a los bienes objeto de la mejora.

Aquí podría aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 888 del Código Civil: «Cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer».

De entenderlo así, se refundirá en la masa de la herencia la mejora, y deberá distribuirse en iguales partes entre los dos hermanos supérstites de acuerdo con la cláusula sexta del testamento.

A igual conclusión se llega por otro camino, por el camino del régimen legal de la misma mejora, que resulta de los artículos 808 y 823 del Código Civil.

Es la mejora una parte de la legítima de los descendientes, que aparece con independencia cuando de ella dispone el ascendiente en favor de alguno de aquéllos. Es una porción destacada de la legítima, una segregación de la misma, y por eso cuando decae por no existir beneficiario alguno, se refunde con el resto de la legítima para integrar los dos tercios que la doctrina designa con el nombre de legítima larga.

## CONCLUSION

En conclusión, y por lo que se refiere a la pregunta formulada en la consulta, entendemos que la mejora ha dejado de tener eficacia y, refundida con el resto de la legítima, corresponde por iguales partes a ambos hermanos.

Tal es mi dictamen, que con gusto someto a otro mejor fundado.

**Sucesión en el arrendamiento. Prelación y su ejercicio <sup>(1)</sup>**

**ANTECEDENTES.**—Don A., arrendatario de un piso, fallece, dejando dos hijos, don B. y don C., ambos casados, que con sus mujeres y el hijo de don B. vivian en la casa paterna. Desde la muerte de don A. en 1950 hasta hoy han continuado ocupando el piso y viviendo juntos. El único cambio ha sido que don B. ha tenido otro hijo y don C. un hijo. Han ocurrido desavenencias entre la familia que dificultan o hacen imposible la convivencia.

**CONSULTA.**—Se consulta: 1.º Si don B., por el hecho de tener más numerosa familia, mujer y dos hijos, tiene derecho preferente a ocupar el piso. 2.º Si puede ejercitarse este derecho actualmente. 3.º Qué procedimiento judicial, en su caso, podría ejercitarse.

**DICTAMEN.**—Para responder con la debida seguridad estas preguntas es necesario examinar previamente la naturaleza de los derechos concedidos en los artículos 71 y 72 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Para mayor facilidad del lector se transcriben estos artículos:

«Art. 71. Si durante la vigencia de un contrato de inquilinato falleciese el inquilino, su cónyuge, si vivía con él, y sus parientes hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad que habitaren en la vivienda con un año de anterioridad al óbito, podrán continuar ocupándola sin necesidad de celebrar nuevo contrato, quedando subsistente el otorgado a favor del titular fallecido.

Art. 72. Si los beneficiarios del derecho que establece el artículo anterior no desearen ocupar conjuntamente la vivienda, se seguirá el siguiente orden de prelación: cónyuge, hijos, padres, nietos, abuelos, hermanos, tíos y sobrinos. Prevalecerá el derecho de los de doble vínculo y consanguinidad, resolviéndose los casos de igualdad en favor del que tuviere mayor número de cargas familiares, con preferencia para el sexo femenino. Cuando los padres fueren septuagenarios, serán preferidos a los hijos».

Los autores han apuntado diversas soluciones, mediante las que se vienen a incluir tales derechos en alguna figura jurídica ya conocida; soluciones que contienen parte de verdad, pero que no son por completo satisfactorias al no tener en cuenta las especialidades de tales derechos o facultades.

Se ha dicho por autorizados especialistas que se trata de una sucesión hereditaria de carácter más o menos especial. Es indudable que la continuación del contrato de arrendamiento ocurre *«mortis causa»* y que hay una sucesión en la relación arrendaticia en favor de una o de varias personas.

(1) Del bufete de los Letrados don Antonio de Luna García y don Juan Hernández Canut.

La analogía con la sucesión hereditaria no puede extenderse mucho más. El heredero, como tal, precisamente está excluido, no mencionándosele, a diferencia de lo que sucede en el supuesto del artículo 73. Resalta el carácter familiar y pasa a un plano secundario el patrimonial. Mas tampoco cabe asimilarlo con la sucesión hereditaria legal, dada la especialidad del orden de preferencia (inverso entre el cónyuge y los hijos) y sobre todo por la nota de la convivencia. De aquí que no pueda ligarse con la aceptación o repudación de la herencia y que no afecte a la sucesión en las responsabilidades del causante.

Se ha pensado también que cuando continúan conviviendo una pluralidad de parientes, surge una comunidad, para cuya regulación puede acudirse análogicamente a los art. 398 del Código Civil y art. 4 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1942. Pero, desgraciadamente, estos preceptos no cabe utilizarlos por referirse a situaciones jurídicas distintas. La comunidad de bienes nace cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proporcionalmente a varias personas, correspondiendo a cada comunero una determinada cuota según la proporción en que el derecho le corresponda (arts. 392 y 393 del Código Civil). La situación es aquí distinta. No hay un bien o derecho repartido o que pueda repartirse, sino la ocupación conjunta de una vivienda que supone una previa convivencia familiar y una continuada convivencia familiar, a la que no cabe aplicarles las reglas meramente patrimoniales de la comunidad de bienes. Menos aún será posible buscar apoyo en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1942; pues según el art. 4 no está impuesta al arrendador la ocupación conjunta (supuesto del art. 72), sino que para impedirla se dan reglas determinadoras de quien haya de ser el arrendatario único; marcándose aún más la diferencia de supuestos, al permitirse la designación testamentaria del continuador del arrendamiento, lo que muestra su carácter más intensamente patrimonial.

Al revisar estas opiniones se advierte el carácter singular de la figura jurídica examinada, pudiéndose señalar ya alguna de sus peculiares notas. Originada por la escasez de viviendas se impone al propietario la prórroga del contrato. Se crea en favor de las personas que constituyan un hogar con el arrendatario y que estén dispuestos a continuar formándolo. Conviene, pues, distinguir dos esferas para la aplicación del precepto: la relación entre el arrendador y los parientes continuadores en el arrendamiento, la relación entre los parientes que puedan continuar ocupando la vivienda.

Respecto al arrendador, el contrato de arrendamiento continúa en vigor, quedando subrogados en la situación del arrendatario las personas que sigan ocupando conjuntamente la vivienda. Mientras el arrendamiento exista y no se rompa la convivencia, cada uno de los familiares ocupantes tiene la condición de beneficiario, que no puede ser dañada por los actos de los demás beneficiarios. Hay una titularidad conjunta e indeterminada respecto de la que cada uno en relación al arrendador ni total ni parcialmente puede disponer, renunciar, disminuir, subarrendar, siendo ineficaz hasta la confesión respecto a ella, hecha por un sólo titular. (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 septiembre 1950). Los pactos internos entre los beneficiarios tampoco afectan en contra del arrendador: ni siquiera la cuestión de quién deba pagar atrasos del alquiler debidos por el causante (responsabilidad del heredero), pues el arren-

dedor podrá resolver el contrato por falta de pago (art. 149, 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

La regulación de la relación interna entre los ocupantes queda fuera del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Pueden establecer los pactos que quieran; repartirse el pago del alquiler por igual, proporcionalmente al número de personas que constituyen el núcleo familiar, pagar liberalmente uno en beneficio de todos. La ley sólo se ocupa de una cuestión: la que se presenta cuando los beneficiarios no desean ocupar la vivienda conjuntamente. La dificultad de la convivencia era cosa que el arrendatario mientras vivió pudo resolver ejercitando su autoridad de dueño del hogar; a su muerte, la ley, con buen sentido de la realidad, no adopta medios mecánicos como el de la mayoría o el de la decisión del arrendador, sino que tiene en cuenta la condición peculiar de las relaciones de quienes conviven en un mismo hogar. Se concede la posibilidad de la convivencia continuada y, como contrapeso, garantía y, en su caso, último remedio se señala un orden de preferencia entre los beneficiarios.

Cada familiar tiene un beneficio de carácter personal; puede, en cualquier momento renunciarlo, expresa o tácitamente, dejando de ocupar la vivienda. Desde entonces se libera de su relación contractual con el arrendador, lo que, como es natural, no afecta a sus obligaciones respecto a los otros ocupantes (por pacto, culpa, etc.). El contrato de arrendamiento continúa mientras uno de los familiares beneficiarios se quiera aprovechar del derecho concedido. Mas como ya se ha indicado, las reglas de la comunidad de bienes, con su criterio de igualdad o proporcionalidad, según las cuotas, no es compatible con la convivencia en un mismo hogar. Por ello, es destacado un beneficiario, al que la ley le otorga preferencia para la ocupación exclusiva; si cualquier beneficiado (sea o no el privilegiado) no desea la ocupación conjunta, por no aceptar los pactos internos propuestos o simplemente repugnar continuar la convivencia, el beneficiario especialmente favorecido por la ley podrá ejercitarse su facultad de prelación y quedará como único inquilino.

Sentadas las anteriores premisas puede ya plantearse la cuestión clave de la consulta. ¿Cuándo puede ejercitarse eficazmente la facultad de prelación legal? El texto de la ley y su espíritu parecen llevar a la misma conclusión: está permitido ejercitarse en cualquier momento. De ello convencen las siguientes razones:

1.º La misma lectura de la ley. En efecto, el artículo 72 utiliza la frase: «si los beneficiarios del derecho que establece el artículo anterior no desearan ocupar conjuntamente la vivienda, se guardará el siguiente orden de prelación...». El precepto no señala un determinado momento para ejercitarse la preferencia, por lo que parece ser posible que en cualquier momento en que no se desee la convivencia se haga exigible el mandato de guardar la preferencia legal. «*Ubi lex non disnuit nec nos distinguere debemus*».

2.º El argumento de la *«reductio ab absurdum»*. En la ley no se dice que haya un momento para ejercitarse la preferencia y además cualquiera de los que cabe imaginar resulta absurdo o arbitrario: a) El momento de morir el arrendatario; es el momento de abrirse la sucesión, pero ésta no condiciona al derecho, ni menos es imaginable que se pueda haber querido la coincidencia de tal ejercicio con la muerte (el cadáver de cuerpo presente); b) La aceptación

o la partición de la herencia, ya que puede no coincidir la condición de heredero y la de continuador del arrendamiento; y además no se puede hacer depender la convivencia de un hecho ajeno; c) Otro momento expositivamente fijado: ello sería imponer al juez una carga insopportable, que adopte una solución arbitraria, cuando no existe ningún elemento para guiarle, pues ni siquiera el llamado año de luto es utilizable, pues no se puede condenar a la convivencia con quienes no se quiere vivir junto más tiempo, a la persona que tiene la prelación. Parece, pues, que no ha designado expresamente la ley un momento para el ejercicio de la prelación y que tampoco hay base jurídica para elegir alguno, lo que es explicable (y sólo se explica) al permitirse el ejercicio de la preferencia en cualquier momento.

3.<sup>a</sup> La pervivencia de la facultad. La ley concede un derecho de prelación al beneficiario preferido para que lo ejerza; como toda facultad existe y puede ejercitarse mientras que no exista un hecho extintivo, como la caducidad o la renuncia; pero para la caducidad se requiere un plazo fijado expresa y terminantemente por la ley, pues en otro caso habrán de aplicarse los plazos de la prescripción. Queda fuera del ámbito de este dictamen la cuestión de la prescribibilidad de la facultad; parece que no será posible en cuanto «in facultibus non currit prescriptio», como sucede en los casos del art. 1.965 del Código Civil; la renuncia tampoco puede presumirse por el simple no ejercicio.

4.<sup>a</sup> La misma finalidad del precepto. Se ha redactado a causa de la escasez de viviendas; si se entiende que la preferencia ha de ser declarada inmediatamente, se favorecerá el deseo de no convivir, ya que para evitar la pérdida de su preferencia el favorecido con ella la ejercitara inmediatamente; tanto más cuanto que el art. 27 le ofrece el remedio de repartir con dos extraños la carga del alquiler. Se ha querido además evitar la convivencia forzada y para ello no hay otro remedio, en el mecanismo de la ley que dejarla a la voluntad de quien tenga la preferencia. La posibilidad de ejercitar en cualquier momento la facultad de prelación es, en efecto, el que mejor corresponde a la idea del mantenimiento de la convivencia familiar. El preferido recibe así una autoridad en el hogar que le permite continuar la función unificadora que tuviera el causante: las exigencias mutuas y las dificultades o asperezas se suavizan por la necesidad o el interés; como en vida del arrendatario difunto existe la amenaza brdenadora de la salida forzada de la vivienda para el que amenace la paz. La solución propuesta es tan justa; en cada momento posterior como lo pudo ser en el instante del fallecimiento del arrendatario y es la única viable conforme al sistema de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El titular de la preferencia está determinado mediante la fijación de grados familiares y dentro de cada uno se establece una prelación en favor de quien tenga mayores motivos para necesitar el hogar. En el caso de la consulta se trata de parientes en igual grado y de igual sexo; la preferencia se decide por tanto conforme al mayor número de cargas familiares. Carga familiar significa la existencia de una obligación a cumplir respecto a ciertos miembros de la propia familia; la ley pone el acento en el número de las cargas, con preferencia, pues, al número de parientes que estén a cargo de cada beneficiario, lo que se traducirá normalmente, como en otros supuestos de la Ley de Arrendamientos Urbanos (arts. 29, 61, 79), en el número de familiares que con él vivan y que él sostenga (mayor necesidad del hogar).

En el caso examinado, don B. ha tenido en el momento del fallecimiento de don A., como en el que se hace la consulta, mayor número de cargas familiares que su hermano don C.; mujer y un hijo, primero, y ahora mujer y dos hijos, respecto a mujer y mujer y un hijo respectivamente. No importa, pues, para la respuesta solicitada, señalar cuál sea el momento decisivo para fijar la prelación, aunque de lo dicho *antes* parece deducirse que se habrá de considerar el primer momento, pues entonces nació el derecho o facultad (*ius quae situm*); solución que, además, evita situaciones absurdas y mantiene la debida permanencia en la forma de la convivencia.

El ejercicio de la facultad de preferencia puede ejercitarse extrajudicialmente; para su debida constancia es aconsejable comunicarlo notarialmente a los beneficiarios no preferidos y al arrendador. Desde este momento, cambiará la situación jurídica y sólo uno de los beneficiarios, el que tiene a su favor la prelación, conserva la condición de continuador de la relación arrendataria, esto es, los demás quedan reducidos a la condición de precaristas. Si alguno de éstos se opone a desalojar la vivienda procederá el desahucio conforme a lo dispuesto por el art. 1.565, núm. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha de advertirse que una constante y reiterada jurisprudencia ha establecido que el juicio de desahucio, dada su naturaleza sumaria y privilegiada, resulta inadecuada en los casos en que se trate de resolver cuestiones complejas y derechos controvertibles. No será de extrañar, por ello, que el juzgador entienda que la determinación de la preferencia—*aun en caso claro como el consultado*—excede del ámbito estricto del juicio de desahucio; tanto más, cuando puede llevarle a ello la consideración equitativa (de la que tan fácilmente se hace un uso excesivo) de que en las cuestiones familiares conviene evitar las soluciones rápidas para dar ocasión a que el tiempo, las mismas dificultades y gastos de un largo proceso, sean un freno que impida o una influencia beneficiosa que ayude a mantener la convivencia familiar, creada en el hogar del difunto arrendatario, y que social e individualmente puede considerarse digno de favor.

#### CONCLUSIONES

En consideración a todo lo cual, se contesta la consulta hecha diciendo:

1.º Que don B. tiene derecho preferente a ocupar exclusivamente el piso arrendado.

2.º Que puede ejercitarse su derecho en cualquier momento, conforme le dicte su conciencia y le imponga la necesidad de las circunstancias.

3.º Que puede ejercitarse el juicio de desahucio, aunque cabe la posibilidad de que se imponga el acudir al juicio declarativo.

Esta es nuestra opinión y dictamen, que con gusto sometemos a cualquier otro mejor fundado.

## IV. SENTENCIAS DE INSTANCIA

### Sentencia de 4 de febrero de 1953, del Juzgado comarcal de Eibar, sobre subarriendo inconsentido

**ANTECEDENTES.**—La propietaria de una vivienda ejercita acción de desahucio contra sus ocupantes, alternativamente, o por subarriendo inconsentido, o por cesión también inconsentida. Los demandados, a más de otras excepciones, alegan la existencia de una convivencia amparada en el artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Previamente la actora, y en acto de jurisdicción voluntaria, había solicitado y obtenido del Juzgado que se requiriese al presunto subarrendatario—único ocupante por entonces del piso—para que manifestara si pagaba renta y en qué concepto lo hacía, contestando que era subarrendatario y abonaba trescientas pesetas mensuales al inquilino, residente en Zarauz. En el juicio y al absolver posiciones el mismo subarrendatario manifiesta que nada recuerda de la renta; la parte actora solicita entonces la suspensión del juicio para instruir el correspondiente sumario por falsedad. El Juzgado no concede la suspensión, pero otorga el desahucio por subarriendo inconsentido, con base en los siguientes considerandos:

**CONSIDERANDO.**—Que en cuanto a la suspensión del juicio por la presunta falsedad cometida en su declaración bajo juramento indecisorio por el señor U., que ha sido solicitada por el Letrado de la parte actora, no procede en el actual litigio, por cuanto que su confesión no es la prueba exclusiva que exige el artículo 362 de la Ley de Enjuiciamiento civil, si bien es procedente extraer el suficiente testimonio de estos autos al objeto de que por el Fiscal se informe acerca de que si tal declaración presenta los caracteres de un delito.

**CONSIDERANDO.**—Que en cuanto a la suspensión del juicio por la presuntadad en el demandado señor I., ya que si bien es cierto que la arrendataria es su esposa en el momento actual, debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 60 del Código civil, «el marido es el representante de su mujer», de suerte que ésta no puede comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador sin licencia de aquél.

**CONSIDERANDO.**—Que si bien es verosímil que en algún caso sea posible al arrendador demostrar de modo pleno y palpable el hecho de la cesión o del subarriendo inconsentido, en la mayoría de los supuestos tal cosa exigiría la colaboración del arrendatario, subarrendatario o cessionario, la cual lógicamente no se produce, ya que esta especie de convenios se mantienen secretos entre los interesados, y por esta razón el Tribunal Supremo desclaró en sentencia de 14 de mayo de 1948 que «al igual que lo que sucede con el subarriendo, para acreditar la cesión no será necesaria una prueba plena», y en el presente caso, estimando en su verdadero valor la enorme acumulación de pruebas que han hecho los demandados, quedan en pie como indiscutibles los siguientes hechos: 1.º Que los esposos I.-A. se ausentaron del piso de autos en los primeros días de julio de 1952, regresando el día 8 de diciembre del mismo año. 2.º Que don M. U., presunto cessionario, fué emplazado

el 6 de diciembre del pasado año. 3.<sup>o</sup> Que en el requerimiento realizado a este último en acto de jurisdicción voluntario el 29 de noviembre del año pasado por este mismo Juzgado, reconoció textualmente: «Que desde el mes de agosto viene ocupando en unión de su esposa el piso de referencia, a título de subarriendo, por la renta mensual de trescientas pesetas, que satisface al arrendatario-subarrendador don A. I., el cual tiene su domicilio en Zarauz, y por cuyo pago no le facilita recibo. Que desde que el requerido ocupa la vivienda en el concepto expresado, no ocupó la vivienda ni la utilizó persona alguna, por ningún concepto. Que ni el requerido ni su esposa son familiares del subarrendador don A. I.»

CONSIDERANDO.—Que los referidos hechos son bastante para estimar probada la existencia de una relación de subarriendo inconsentido de la totalidad del piso de autos, con entrega de muebles por parte del subarrendador, no estando tal subarriendo beneficiado por el artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el cual exige «convivencia» que aquí no existe entre las indicadas fechas, no pudiéndose estimar tal las esporádicas visitas que el señor I. ha podido hacer desde Zarauz. Siendo también poco eficaz la alegación de los esposos I.-A. de haber estado prolongando su veraneo en la citada villa, pues la presunción es vehemente de que regresaron urgentemente a Eibar al tener noticia de la demanda por comunicación del señor U.

CONSIDERANDO.—Que es de aplicación al presente caso lo dispuesto en el artículo 149, núm. 2.<sup>o</sup>, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, procediendo en consecuencia la estimación de la demanda por la existencia de un subarriendo no consentido.

CONSIDERANDO.—Que al acumular alternativamente el actor la causa de desahucio del núm. 2.<sup>o</sup> con la del núm. 3.<sup>o</sup> del referido artículo 149 de la Ley, y al estimarse existente la primera de ellas, tal cosa no significa estimación parcial de la demanda a efectos de la imposición de costas, las cuales deben imponerse en su totalidad a los demandados.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

FALLO.—Que estimando la demanda propuesta por el Letrado don A. A., en representación de doña M. C., debo declarar y declaro resuelto el contrato de arrendamiento del piso tercero izquierda de la casa número 1 de la calle de la Estación de esta villa, y en su consecuencia, decretando el desahucio de los demandados don A. I. y su esposa doña J. A. y de don M. U., debo condenar y condeno a éstos a estar y pasar por tal declaración, con expresa imposición de costas.

Una vez férme esta sentencia, dedúcase testimonio suficiente de estos autos al objeto de que por el Fiscal Comarcal se informe acerca de si las manifestaciones del demandado señor U. en su confesión judicial presentan los caracteres de un delito.

Así, por esta mi sentencia, etc.

Apelada esta sentencia, fué confirmada por la del Juzgado de Primera Instancia de Vergara de 9 de mayo del corriente año, la cual aceptó los Considerandos de la sentencia recurrida.

## Sentencia de 6 de abril de 1953, del Juzgado comarcal de Eibar, sobre compromiso contraído en documento privado

**ANTECEDENTES.**—Con fecha 25 de abril de 1950 y con el fin de solventar ciertas diferencias surgidas en la liquidación de una sociedad mercantil, don T. S. y don J. B. acuerdan en documento privado someter al buen criterio de don D. V., que no es letrado, la resolución de las mismas, comprometiéndose a acatar y cumplir en el plazo de treinta días la resolución que dicho señor les notificara por escrito, estableciendo además para quien la incumpliera, obligando a la contraparte a acudir a los Tribunales, una sanción de 5.000 pesetas.

Don D. V. dictó en 28 de mayo de 1952 la pertinente resolución que notificó por escrito a las partes, según lo convenido, siendo acatada inmediatamente por don T. S.—que resultaba acreedor—, pero no así por don J. B. quien logró convencer al amigable componedor para que hiciese nueva liquidación incluyendo determinados créditos a favor suyo nacidos con posterioridad al 25 de abril de 1950, dictándose nueva resolución el 22 de octubre de 1952. Don T. S. aceptó en parte esta segunda resolución, oponiéndose en el resto por haberse extralimitado en sus poderes don D. V. Como hubiese transcurrido con exceso el plazo de treinta días convenido, don T. S. interpone demanda ante el Juzgado Comarcal reclamando el saldo resultante de la primera liquidación, el de la segunda en la parte por él aceptada, además del importe de la cláusula penal, con renuncia expresa de lo que excediera de 10.000 pesetas, límite máximo de competencia objetiva de los Juzgados Comarcales y Municipales, según Decreto de 21 de noviembre de 1952. El demandado se opuso a la demanda, solicitando se declarase bien hecha la segunda liquidación del amigable componedor, e improcedente la exigencia de la cláusula penal.

El Juzgado Comarcal estimó la demanda en todas sus partes con fundamento en los siguientes Considerandos:

**CONSIDERANDO.**—Que por el actor se pide el cumplimiento de lo convenido en un contrato, cuya validez no ofrece dudas, no obstante no encajar en ninguno de los tipos regulados en el Código Civil, siéndole de aplicación el principio de la autonomía de la voluntad, reconocido en el artículo 1.255 del Código Civil que establece la posibilidad de que los contratantes acuerden los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, cosa que aquí no ocurre, pues si por el propio legislador se reconoce la validez del contrato de compromiso y del de transacción—por el que las partes «evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado»—tampoco cabe negársela al acuerdo en virtud del cual los interesados «han resuelto someter sus diferencias a la resolución de una tercera persona» (como se dice en el documento núm. 15 de los aportados a la demanda). Y ello aunque carezca de las solemnidades que la ley exige para el contrato de compromiso, pues en ningún precepto se prohíbe el compromiso que podemos denominar «privado», y por otro lado el mismo Código Civil admite en el art. 1.690, párrafo 1.º una figura semejante.

CONSIDERANDO.—Que carente de una expresa regulación legal, ha de ser lo convenido entre las partes la base fundamental en que el juzgador ha de apoyarse para resolver esta «litis», no olvidando que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos» (art. 1.091 del C. c.), y que «la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» (art. 1.256 de id.).

CONSIDERANDO.—Que cuando los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas (art. 1.281 del C. c.), que es precisamente lo que ocurre en el contrato suscrito por ambas partes con fecha 25 de abril de 1950, y según el cual, habiendo surgido «algunas divergencias con respecto a la liquidación de cuentas pendientes como consecuencia de la separación de ambos, por disolución de la sociedad que tenían constituida bajo el nombre «B. y S.», división de cosa común referida al edificio sito en la calle de Vista-Alegre, división que fué llevada a cabo por el Notario de esta villa señor Gomeza, a 30 de julio de 1949...», acuerdan someter la resolución de las cuestiones pendientes al laudo de don D. V., de suerte que «ambos interesados se comprometen a acatar y cumplir fielmente la resolución que acuerde el señor V., en el plazo máximo de treinta días a contar de la notificación de ésta», estipulándose además una multa para quien «deje de cumplir íntegramente, en el plazo fijado en la cláusula anterior, la resolución que adopte el señor V.», conviniéndose, finalmente, que con la resolución de este señor «los firmantes darán por enteramente zanjadas todas sus diferencias hasta la fecha en todo aquello que sea objeto de tal resolución».

CONSIDERANDO.—Que la resolución dictada por el señor V. con fecha 28 de mayo de 1952 (documento núm. 144 de los aportados a la demanda) se ajusta plenamente a lo convenido por las partes en el documento privado de 25 de abril de 1950, y teniendo en cuenta la consolidación posterior acreditada a favor del actor de la partida de «Stuar, S. L.», debe calificarse tal resolución de definitiva, como así lo ha reconocido el señor V. al contestar a la segunda y quinta de las preguntas propuestas por la parte actora, y el propio letrado del demandado en carta dirigida al letrado de la contraparte (documento núm. 145 de los aportados con la demanda). De suerte que la segunda resolución dictada por el señor V., no obstante calificarse de «liquidación definitiva», es adicional e independiente de la primera, nacida en virtud de acuerdo posterior perfeccionado por carta (documentos núms. 145, 146, 147 y 154 de la demanda), así que sólo por una condescendencia del actor quedó difirida la ejecución del primero, estando éste en su derecho a oponerse a la inclusión de la partida correspondiente a las rentas de la casa copropiedad de las esposas de los litigantes, pues sobre tal materia no versó ni el convenio primitivo ni el último.

CONSIDERANDO.—Que no son de estimar las alegaciones de la parte demandada, encaminadas, de un lado, a impugnar la partida de veinte mil pesetas que el señor V. puso a favor del actor, en un principio, con la posibilidad de variar su adjudicación si se le demostraba otra cosa, y luego—al no hacerse así—con carácter definitivo, como se pone de relieve por el propio señor V. al contestar la quinta pregunta del interrogatorio de la parte actora,

y se confirma en el hecho de que la segunda resolución por él dictada (documento núm. 155 de la demanda) da por bueno lo hecho en la primera; y de otro, a lograr la inclusión en la liquidación de las rentas de la casa-habitación copropiedad de las esposas de ambas partes, pues, aparte de que tal materia no fué objeto del convenio de 25 de abril de 1950, ni del convenio adicional de aquél, es lo cierto que en el juicio no se ha demostrado que la renta sea la de ciento cincuenta pesetas mensuales, pese a la declaración a efectos fiscales que ha sido hecha por la esposa del demandado, antes bien parece razonable otorgar mayor valor probatorio a los considerandos de la sentencia dictada por este Juzgado con fecha 2 de julio de 1948.

CONSIDERANDO.—Que también debe otorgarse plena eficacia y efectividad a la cláusula penal, cuarta del documento privado de 25 de abril de 1950, no concurriendo, en cambio, el hecho del cumplimiento parcial por el deudor, necesario para moderar la pena, a tenor del artículo 1.156 del Código civil.

CONSIDERANDO.—Que por todo lo expuesto procede estimar la demanda en toda su extensión.

CONSIDERANDO.—Que de conformidad con el artículo 60 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, procede imponer las costas a la parte vencida.

Vistos los artículos 1.091, 1.156, 1.256, 1.281 del Código civil, demás pertinentes al caso y los de general aplicación.

FALLO.—Que estimando la demanda propuesta por el Letrado don J. E. en nombre de don T. S., debo condenar y condeno al demandado don J. B., representado en estos autos por el Procurador don S. A., a pagar al actor la suma de diez mil pesetas, con expresa imposición de costas.

Así, por esta mi sentencia, ... etc.

Apelada la Sentencia, fué confirmada por el Juzgado de Primera Instancia de Vergara, aceptándose íntegramente sus Considerandos.

## B I B L I O G R A F I A

### L I B R O S

**"ANALES DE LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO".**  
tomo VI; 628 págs., contiene los siguientes quince trabajos:

**Guasp, Jaime:** "Actividades de dirección jurídica"; páginas 7 a 33.

En la masa de actividades que integran una sustitución jurídica hay dos grandes categorías, perfectamente diferenciables por su función: Unas son las actividades que cabe llamar finales, aquellas mediante las cuales se realiza definitivamente el fin de la empresa en cuestión con las que se logra la meta funcional propuesta. Otras son, en cambio, las actividades que cabe llamar instrumentales; aquellas que, subordinadas teóricamente a las anteriores, no producen con su realización el fin específico de la obra jurídica, sino que se limitan a proporcionar los instrumentos necesarios para lograrla.

A su vez, las actividades instrumentales se dividen en dos categorías: a) Las que se precisan para el manejo del medio; y b) Las que se precisan para la obtención y disposición del medio del modo que éste pueda ser debidamente manejado. Las primeras pueden llamarse actividades de instrucción; las segundas, actividades de ordenación.

Pero dentro de estas actividades de ordenación podemos subdistinguir según que el agente trate de provocar la situación futura en que el medio será manejado, trate de ordenar la situación presente en que el medio es manejado o trate de conservar la situación pasada en que el medio fué manejado. El acto de ordenación por el cual se provoca con fines instrumentales una situación futura es un acto de impulso; el acto de ordenación por el cual se dispone una situación presente de modo que dentro de ella un medio pueda ser manejado es un acto de dirección; el acto de dirección por el cual se conserva una situación pasada para mantener el manejo del medio empleado es un acto de constancia. Actividades de dirección jurídica son, pues, todas aquellas actividades instrumentales en las que, en vista de cierta situación jurídica presente, se prepara a disponer la utilización de un instrumento jurídico cualquiera.

Las actividades de dirección pueden recaer sobre persona, sobre cosas o sobre otras actividades.

El derecho notarial está ya en vías de conquistar su autonomía científica, y esto lo ha logrado a base de cultivo meritísimo de muchos de sus problemas fundamentales, especialmente los que hacen referencia a su

fin (por ejemplo, representación de los derechos en la normalidad) y a su resultado (por ejemplo, valor jurídico del documento público). Pero se echan aún de menos dentro del derecho notarial los estudios que habrían de ser básicos acerca de la naturaleza jurídica de la relación que en él se da: la relación entre las partes y el Notario. Hasta que el derecho notarial no haya resuelto, o mejor, planteado, este problema no llegará a su plena independencia dogmática (especialmente frente al derecho civil) lo mismo que el derecho procesal no la logró hasta que se introdujo en él la idea de la relación jurídica, aunque luego se haya superado; también el derecho notarial necesita no sólo mirar a través del cristal, sino examinar el cristal a través del que mira. Para ello el análisis, no ya de los fines, sino de los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone al servicio del Notario y de las partes resulta indispensable.

**Iglesias Santos, Juan:** "La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno"; páginas 36 a 38.

Uno de los males que mayormente han aquejado a los estudiosos de todas las épocas ha sido el juzgar de las cosas lejanas "con la mentalidad y con las ideas del presente". A ese mal se ha sumado otro no menos grave: la interpretación materialista de numerosos pasajes de la historia jurídica romana.

Las investigaciones del derecho comparado nos traen la prueba de que en las etapas primitivas de distintos pueblos ocupan un lugar preferente no los derechos patrimoniales, sino los derechos personales.

Así, en Roma, el derecho sucesorio tiene origen y fundamento familiar.

La sucesión se abre no cuando muere un ciudadano cualquiera, sino cuando muere un "pater familias".

La razón de que el "pater familias" sustituya o desherede a los "suis" no tanto se funda en una pretensión de éstos como en una necesidad, a la vez jurídica y orgánica, que dimana de la peculiar naturaleza del organismo familiar. La sucesión testamentaria prevaleció sobre la legítima debido fundamentalmente a la idea romana del deber de todo pater familias de otorgar testamento. La anécdota del viejo Catón, según la cual se reprochaba el haber vivido sin testamento durante una entera jornada, podrá ser verdadera o inventada, pero es demostrativa de lo normal y frecuente que ya era el testamento en el siglo II antes de Jesucristo.

Pero si en la época primitiva las vocaciones sucesorias se coordinan a las posiciones familiares, si la hereditas responde a la estructura del organismo familiar, no es menos cierto que en los regímenes hereditarios del derecho civil y del derecho pretorio la función extrapatrimonial se fué desvirtuando poco a poco.

Y así en la herencia pretoria las vocaciones hereditarias no responden a la posición que los llamados ocupan en la "familiar", sino a la razón de parentesco. Por donde, siendo cierto que tales vocaciones se

cifran en derechos subjetivos de carácter patrimonial, cabe su renuncia. Es más, mientras las hereditas se impone obligatoriamente a los sui heredes, la "bonorum possesio" es concedida en tanto en cuanto se solicita del Magistrado, y si para la primera rige el principio de la aceptación personal, para la segunda se admite la adquisición a través de representante.

A la obra pretoria, favorecedora de los principios de la familia natural, siguió la legislación imperial, encaminada a desterrar los vínculos civiles o agnaticios, a asegurar para ciertos herederos no ya su simple nombramiento o desheredación, sino la asignación de una porción legítima o debita y, en fin, a limitar la facultad de legar.

Lo patrimonial se coloca decisivamente en primer plano. En el Derecho romano antiguo y clásico no se concibe otra forma de "sucessio", ya sea "inter vivos", ya "mortis causa" que la sucesión universal. Sus características son:

- a) El sucesor se coloca en la misma posición jurídica del antecesor.
- b) El sucesor adquiere un patrimonio en bloque por consecuencia de la adquisición de una potestad.
- c) Del antecesor pasan al sucesor toda suerte de derechos, incluso los que de otro modo serían intransmisibles.

La sucesión particular no existe. El legatario no es más que un adquirente directo, por eso no responde de las deudas.

Pero para Justiniano, "sucessio" equivale a sucesión derivativa. Y las consecuencias que en el Derecho clásico derivaban del título personal se procura hacerlas depender de la adquisición de la "universitas".

La herencia antigua y clásica se muestra en relación con la familia; la herencia justiniana con el patrimonio con la "universitas", pero aquí y allí no es la atribución de la universalidad o de una cuota lo que confiere el título de heredero. Todo sucede al revés: la adquisición del "universum ius" deriva del "nomen heredis".

En cambio, en el Derecho moderno es la asignación o atribución del "universum ius" o de una cuota abstracta del patrimonio lo que determina la razón del título de heredero, a la vez que fundamenta y define la herencia. Si un testador distribuye su entero patrimonio con asignación de cosas concretas o determinadas nos encontraremos con legatarios, aunque llame herederos a los favorecidos, y ocurrirá que el verdadero heredero, aquel que fué instituido por la universalidad, sin recibir nada, vendrá obligado a responder de las deudas "ultra vires hereditatis".

Verdad es que el beneficio de inventario puede desviar tal inconveniente, pero acaso fuese bueno limitar legalmente, sin recurrir a este expediente la responsabilidad del heredero. Y cabrían dos fórmulas: a) No considerar la distinción entre herencia y legado como lo determinante en orden a la responsabilidad de modo que ésta recaiga sobre aquellos que ora sean herederos, ora legatarios, reciban mayor beneficio patrimonial; b) Extender la responsabilidad a todos en proporción al beneficio de las cuotas.

En el Derecho romano, el heredero sucede en la buena y en la mala

fe posesoria. En cambio, en nuestro Código la mala fe del difunto no perjudica al heredero, a no ser que demuestre que conocía el anterior vicio posesorio, y no hecha tal demostración, esto es, siendo poseedor de buena fe, los efectos de la posesión sólo le aprovechan desde la muerte del causante.

Según un antiguo principio romano, que se mantiene incluso en la legislación justinianea, la sucesión testamentaria y la sucesión intestada son absolutamente incompatibles. En consecuencia, cuando el heredero fuese instituido en una parte del patrimonio hereditario lo restante del total acrece a aquélla.

Este principio es desconocido en el Derecho moderno. Precisamente rige el principio contrario: Salvo que se vea que es otra la intención del testados no hay acrecimiento y la cuota vacante se transmite a los herederos legítimos.

En resumen, el único principio sucesorio genuinamente romano que rige en Derecho moderno es el de la responsabilidad "ultra vires hereditatis" y aunque los "beneficia" romanos de época adelantada, tendentes a mitigar los efectos perjudiciales de semejante responsabilidad, han sido hoy objeto de extraordinaria extensión, tal principio aún causa daños y complicaciones.

Cánovas Contiño, Ginés: "El abandono de la hipoteca"; páginas 70 a 110.

El abandono, en sus peculiares genuinas características, abdicativa y unilateral, fué institución desconocida por los romanos. Abandono supone pérdida de posesión, no de propiedad. Por eso la ocupación es sólo factible sobre aquellas cosas cuya tenencia de buena fe implica título. Y por eso, respecto de las cosas inmuebles, por el abandono queda vacante el señorío de hecho, que podrá recuperarse en el momento que nuestra voluntad lo deseé, puesto que lo esencial, el dominio, late incólume.

Después de diferenciar el abandono de la renuncia y de estudiar ampliamente los distintos casos de abandono, y la obligación "propter rem", el autor llega a las siguientes conclusiones: 1.º El Abandono—tal como lo configura el artículo 126 de la Ley Hipotecaria—es una renuncia calificada, esto es, condicional, que sitúa a la propiedad de la cosa en manos de otra persona, a manera de precario, por no encajar con exactitud su concepto en el más técnico de la revocación, por lo que también pudiera decirse ser aquella una suerte de propiedad revocable. 2.º Este abandono no debe considerarse como prerrogativa del tercer poseedor (concepto que debiera haberse borrado entre la nueva Ley y sustituido por el de tercero dueño de inmueble hipotecado). Tal abandono es consecuencia de la existencia de la obligación real que tiene el hipotecante en los bienes gravados.

Díez Pastor, José Luis: "La donación al no concebido"; páginas 115 a 164.

Es doctrina casi universalmente recibida la de que no se puede disponer en favor de persona futura por vía de institución o donación di-

recta, aunque sí por vía de sustitución fideicomisaria o de reversión de la donación.

Si en lo que se refiere a la disposición testamentaria esta doctrina puede más fácilmente rebatirse, la donación al no concebido se estrella además contra una muralla de conceptos admitidos, entre los cuales la concepción contractual de la donación es uno de los más importantes. El problema capital de la donación a persona futura es éste: La aceptación del donatario, ¿es elemento esencial de la perfección del acto? Si lo admitimos tendremos que declarar que la donación al no concebido es naturalmente imposible.

El dogma de la contractualidad está sujeto a revisión. Sin llegar a los extremos de aquel sector de la doctrina que afirma como Hech que la imposición de la forma contractual es un anacronismo, una mera supervivencia del Derecho arcaico, hay que aceptar que la voluntad unilateral puede ser eficaz dentro de cierto ámbito cuyos límites se tengan conformes a las necesidades que el Derecho ha de estimar en cada momento.

Y por lo que respecta al problema que nos ocupa que no cabe dar igual tratamiento a los actos de liberalidad que a los actos onerosos.

Ya Jacobi notaba el equívoco empleo de la palabra aceptación "Annahme", en el B. G. B., que lo mismo se aplica a los contratos que obligan a una sola de las partes que a los sinalagmáticos, siendo así que designa cosa muy distinta en unos y en otros. En efecto, la aceptación en los contratos sinalagmáticos no es mera conformidad en recibir, encierra una oferta recíproca. En ella lo más esencial es lo que tiene de promesa. Por el contrario, el beneficiario de una pura liberalidad, no hace más que adquirir, acepta en el sentido más pleno de la palabra. El donatario está siempre más cerca del legatario que del comprador. Lo que pasa es que en materia de sucesiones tenemos el hábito mental de distinguir con claridad la perfección del acto dispositivo, de la adquisición por el beneficiario, a tal punto que, por ejemplo, en el Derecho germánico, más que de facultad de aceptar la herencia, se habla de facultad de repudiarla, mientras que en la donación el perjuicio de su carácter bilateral nos arrastra a considerar la aceptación como elemento constitutivo de la disposición misma.

En Derecho romano la donación encajaba generalmente en un acto bilateral, pero no llegó nunca a constituir un contrato nominado. Su perfección depende siempre de la forma general en que encarna, que va desde los modos civiles ordinarios "mancipatio", "in iuse cessio" y la tradición, muy propios de la primitiva donación transmisiva, a la "stipulatio", y finalmente el pactum, formas más adecuadas de la donación promisoria.

De todas ellas, la que deja su impronta en la estructura del acto donatario es la "estipulatio", de la cual son requisitos, no supuestos esenciales de la donación, la presencia e interpellación del donatario estipulante.

Las Partidas sitúan la donación entre los contratos. Pero encontramos supuestos en los que la aceptación se esfuma. Así la donación a personas desconocidas y al que "es en otra tierra". La Ley de Partidas

que regula esta donación se limita a exigir que la donación se haga "por carta o por mensajero en que le envíe a decir señaladamente lo que le da". Ni habla de la aceptación, ni precisa el momento en que la donación se perfecciona.

Los comentadores no adoptan una posición unánime al interpretar esta Ley. Pero entre todos ellos destaca la posición de aquellos que, como Gregorio López, conceden eficacia a la donación si fué aceptada por el Notario "nomine absentis". También lo aceptan Salgado de Somoza, Covarrubias, Castillo, etc.

Conforme a la Ley única del Ordenamiento de Alcalá, el que dona al ausente ya no puede revocar y el donatario puede aceptar la donación aun después de muerto el donante, todo ello sin necesidad de que el Notario estipule por él. Estamos a cien leguas de la aceptación expresa y notificada al donante del Derecho francés que, sin embargo, había de imponerse en el Código civil.

El buen sentido vulgar condensado en el "a caballo regalado no se le mira el diente" tiene correspondencias en todos los idiomas. Decía el abate Palermitano que cuando la "pollicitatio" tiene causa liberal lleva en sí misma implícita la aceptación que se presume por tratarse de "res farabilis et concipercibilis".

Esta corriente vital ha puesto tantas excepciones a la necesidad de la aceptación que destruyen la regla. Un solo caso de donación unilateral demostraría que la bilateralidad no es un carácter formal de la donación. Y son muchos los casos en que a través de todas las épocas o se prescinde de la aceptación (como en las donaciones por razón de matrimonio) o se da por buena la aceptación de los que no tienen capacidad para contratar.

Por otra parte se aprecia a qué construcciones retorcidas se llega mediante la tesis de la bilateralidad.

Hay modos de donación en que el desplazamiento patrimonial gratuito por liberalidad del autor, que es la medida de la donación, se efectúa sin que intervenga la voluntad del favorecido por hechos del donante que acrecienten su patrimonio (inaedificatio, condonación de deuda, por ejemplo).

No siendo, pues, la aceptación requisito de esencia de la donación, nos sentimos más libres para revisar la doctrina vigente en cuanto a la representación del "concepturus"; claro es que cuanto queda dicho no autoriza a desconocer los preceptos vigentes en nuestro Código civil conforme a los cuales la donación directa a persona futura es en principio inadmisible, pero fuerza a girar en redondo nuestro criterio en la interpretación.

No hay duda que cabe ordenar que la donación revierta al no concebido, como se desprende del artículo 641. Pero esto es todo lo que el Código civil nos dice.

Por tanto, no puede donar al no concebido nada que antes no haya donado a alguien que lo esté. Doctrina paralela a la comúnmente admitida en el Derecho sucesorio, según el cual se puede sustituir, pero no instituir, a favor del no concebido.

Sin embargo, ésta es la posición ingenua frente al problema. Ningún obstáculo teórico se opone a la donación directa al no concebido que una interpretación racional del artículo 627 permitirá aceptar al padre futuro.

**Paniagua, José María:** "Notas sobre el Derecho consuetudinario de la propiedad en el Rif"; páginas 165 a 214.

Principal característica del Derecho musulmán es su carácter de dogma. Procede de una revelación y no admite ningún perfeccionamiento.

En el territorio rifeño el hombre, aisladamente considerado, apenas si nada significa, si no tiene familia debe agregarse a una. Pues la unidad constitutiva inferior es la familia (zama). Su jefe, con plenitud de facultades, es el mayor descendiente vivo.

La "yemaa" es una asociación de familias que satisfacen juntas necesidades comunes y se rigen por los acuerdos de una asamblea.

La fracción es una asociación de yemaas y la cabila está constituida por un conjunto de fracciones confederadas. Su jefe es el caíd. Por derecho islámico el Sultán es quien hace el nombramiento del caíd, pero la costumbre rifeña es que lo nombre la asamblea de la cabila.

Sin embargo, querer deslindar los campos de la familia, la yemaa, la fracción y la cabila es un laberinto del que no es posible seguir con las reglas del Derecho romano.

Estudia ampliamente el autor gran número de instituciones, y en especial los contratos, los problemas de titulación y las sanciones de carácter penal.

**Pérez Sanquilo, Gregorio:** "Responsabilidad del heredero respecto a los legados"; páginas 215 a 257.

Tres soluciones distintas tiene en principio y fundamentalmente la situación de "damnosa hereditas".

A) Solución optimista: Hacer al heredero responsable del pasivo herencial únicamente hasta donde alcancen los bienes heredados. Sistema "intra vires hereditatis" de cuño germánico, sanciona, en definitiva, una adquisición de carácter puramente económico. Es el que parece gozar del favor de la doctrina moderna.

B) Solución pesimista: Hacer responsable al heredero no sólo con el activo herencial efectivamente recibido, sino también con su propio patrimonio "in infinitum".

Sistema "ultra vires hereditatis" de origen romano haciendo del heredero algo más y distinto de un simple adquirente: le subroga en la posición jurídica de su causante.

C) Solución ecléctica: Distinguir en el pasivo hereditario, a efectos de responsabilidad, dos categorías de signo diverso, deudas y cargas, con régimen distinto. Las deudas del causante se consideran parte de su patrimonio y se transmiten al heredero. Los legados vienen impues-

tos "ex testamento", no integraban aquel patrimonio y constituyan, por lo tanto, una merma de la herencia. Responsabilidad "ultra veres" para las deudas e "intra vires" para los legados.

¿Cuál es la postura adoptada en nuestro Derecho positivo?

Hay que distinguir:

A) Heredero voluntario. El heredero que no aceptó a beneficio de inventario responde "ultra vires", tanto de las deudas como de los legados.

Esta solución se impone dado el concepto romano de la herencia aceptada por nuestro Código y aparece recogido en los artículos 858, 1.003 y 1.020.

Para el autor esta resolución, a pesar de las críticas formuladas por los más conocidos comentaristas, es correcta y justa. El heredero puede repudiar la herencia o aceptarla a beneficio de inventario. Si no lo hace, es justo que responda del pago de los legados. De lo contrario, el legatario no estaría garantizado.

B) Heredero legitimario. Su posición dependerá de si es heredero por haberle nombrado así el testador y él aceptar o si sólo es legitimario, bien porque no fué nombrado heredero o porque aunque fué nombrado renunció a tal cualidad. En el primer caso responderá "ultra vires", pero no en el segundo.

Sánchez Velasco, Hipólito: "Problemas en torno a las agrupaciones de fincas pertenecientes a distintos titulares"; páginas 260 a 291.

Hay supuestos en los que la unión de fincas de distintos titulares es de una conveniencia grande. Los supuestos más frecuentes son los siguientes: La existencia de los planes de urbanización de los Ayuntamientos que producen parcelas pertenecientes a distintos propietarios que les obliga a numerosas cesiones y permutes para lograr parcelas aprovechables para la edificación, la agregación de terrenos que tienen distinta naturaleza jurídica que los pertenecientes a los cónyuges, evitación en lo posible del retracto de colindantes, etc.

Cabe distinguir los siguientes apartados:

1.º Agrupación de fincas de distintos dueños que no sean cónyuges.

El procedimiento indicado será la constitución de un condominio, asignando a cada interesado una fracción individual que será hallada, por ejemplo, en proporción al valor de la finca que cada uno agrupe. Esto no será sino una aplicación del artículo 396 del Código civil y 8.º de la Ley Hipotecaria en cuanto a la determinación del módulo de proporcionalidad en los elementos comunes del edificio en los casos de propiedad horizontal, que se fija según el valor de cada piso.

Considera el autor que este negocio jurídico, que alguien llama de comunicación de bienes y otros contratos de copropiedad, es perfectamente admisible no sólo por la declaración del artículo 392 del Código civil, sino por el principio de libertad de contratación que domina nuestro ordenamiento jurídico.

2.º Agrupación de fincas en el matrimonio.

Cabe subdistinguir los siguientes supuestos:

a) Fincas parafernales y dotales inestimadas con fincas privativas del marido y gananciales.

Los escollos pueden ser dos: el suponer un contrato entre cónyuges y el alterarse el régimen conyugal. El primero puede salvarse pensando que tal contrato no quedaría incluido en ninguna de las prohibiciones legales, y en cuanto al segundo, no será obstáculo si se adoptan ciertas garantías, como es la de que ni el marido ni la mujer se servían facultad alguna de decisión ni administración de los bienes que suponen modificaciones o ampliación de sus anteriores facultades sobre las fincas que fueron objeto de agrupación, es decir, que se opere exclusivamente la subrogación real y las participaciones indivisas que vengan a ocupar en el activo del patrimonio de cada cónyuge el hueco que dejó la parcela agrupada se coloquen en dicho patrimonio sin variación de su titularidad.

b) Agrupación de fincas del marido con gananciales.

Es este el supuesto que más dificultades conceptuales presenta para la agrupación.

Primero. Porque parece o es un autocontrato.

La práctica y la jurisprudencia admite esta institución cuando no haya oposición de interés. ¿La hay en este caso? Descomponiendo el negocio jurídico a realizar cabe distinguir dos fases: primera, la de agrupación y constitución de condonominio; segunda, la de asignación a cada patrimonio por la subrogación real de las participaciones indivisas en el todo, equivalentes al valor que representaba la parte o parcela. La duda puede sólo plantearse en la segunda fase, pero debe rechazarse el carácter de autocontrato a menos de extender desmesuradamente el ámbito de éste. Además deben tenerse presente las facultades amplias de disposición que sobre los gananciales concede la Ley al marido.

c) Agrupación de fincas de los esposos y gananciales con edificación.

Habrá que subdistinguir dos casos: 1.º Unión de fincas de distinta naturaleza en el matrimonio con edificación de nueva planta; y 2.º Unión de fincas de distinta naturaleza en el matrimonio para ampliar una edificación ya existente o mejorarla. En el primer caso no representa problema alguno, ya que, con arreglo al artículo 1.404, al producirse una accesión invertida, la agrupación prácticamente no es de fincas de titulares distintos, sino de uno solo. En el segundo supuesto se estará en alguno de los apartados anteriores.

Del Rosal, Juan: "La sociedad como ente penal"; páginas 293 a 342.

Se trata de saber si el viejo aforismo "Societas delinquere non potest" goza de idéntica vigencia a la que tuvo en otras épocas o antes, al contrario, si el nuevo clima histórico-social ha empequeñecido su contorno hasta ser hoy objeto de revisión como consecuencia del extraordinario desarrollo de la actividad social.

nario vuelo que en los tiempos actuales reviste la actuación colectiva con riesgo de incidir en infracciones de orden penal, cual acontece, por desgracia, con demasiada frecuencia.

Ha sido corriente sostener entre la mayoría de los tratadistas la tesis negadora de la capacidad delictual de las personas jurídicas en el Derecho romano, si bien en los últimos tiempos no falta quien fundamente con agudeza la doctrina contraria.

Es general, en cambio, aceptar que el Derecho germano admite claramente la responsabilidad penal de las personas morales.

No hay unanimidad de pareceres en lo que se refiere al Derecho canónico, y se acepta que los glossadores acabaron por admitir una restringida responsabilidad delictual de las personas morales.

Tras hacer un detenido estudio de las doctrinas modernas y de los distintos derechos positivos, sostiene el autor la siguiente posición político-criminal a seguir. No es posible asignar ni capacidad delictiva ni penal a las personas morales y, en consecuencia, no soportan ninguna imputación penal. La persona jurídica no puede cometer delitos. Y únicamente cabe convertirlas en entes jurídicos a los que se les propina sanciones como la multa, la suspensión y la disolución y otras más de orden administrativo y civil, pero coexistente con la responsabilidad penal cifrada en los individuos particulares que la representan, ya que sólo éstos gozan de los requisitos exigidos para aguantar el peso de un reproche penal. A lo más que podría llegarse es a establecer una especie de presunción de responsabilidad sobre todos los miembros, los cuales vendrían obligados a demostrar su falta de conocimiento del hecho delictivo.

**Ginot, Francisco:** "Consideraciones sobre el régimen fiscal de la "primera transmisión" de fincas acogidas a las leyes de vivienda para la clase media". (Criterio interpretativo de la ley fiscal. El traspaso de la propiedad en la construcción de inmuebles): páginas 345 a 412.

El proceso de construcción de edificios obedece generalmente a una de las dos siguientes direcciones: o bien un particular que tiene que adquirir el solar contrata con una empresa profesionalmente dedicada a ello la construcción de un edificio mediante el oportuno contrato de ejecución de obra, o bien una empresa constructora construye sobre terreno que ya tenía con la finalidad de enajenar el inmueble a un tercero obteniendo una ganancia, que es el objeto primordial de su actividad mercantil.

Al primer supuesto le denominaremos inversión directa, e indirecta al segundo.

La Ley de 26 de noviembre de 1944, relativa a viviendas de la clase media establece una serie de beneficios fiscales a quienes se acojan a ella, entre los que destacan la reducción del 90 por 100 de los siguientes impuestos: Timbre del Estado, Impuesto de Derechos reales y arbitrios de Plusvalía en la transmisión de los solares adquiridos a partir de la

promulgación de la Ley, Licencias y arbitrios municipales que graven la construcción del inmueble, Impuesto de Derechos reales y Timbre del Estado en los contratos de ejecución de obra que se refieran a fincas construidas al amparo de la Ley, Impuestos de Timbre, Derechos reales y Utilidades en las operaciones de constitución y cancelación de préstamos hipotecarios cuyo importe se conceda e invierta en su totalidad en la construcción de los edificios a que se refiere la Ley y Timbre del Estado, Impuesto de Derechos reales que graven la primera transmisión a título oneroso de las fincas acogidas a la Ley.

Con arreglo a esta Ley, todo el proceso económico de la construcción quedaba bonificado si se trataba del sistema de construcción indirecta. Pero si se trataba del sistema de construcción directa, incluso un negocio jurídico que ya no formaba parte del proceso, la primera transmisión onerosa quedaba también exenta.

El Decreto-ley de 19 de noviembre de 1948, después de decir que "era llegado el momento de refundir las normas con el fin de servir con la mayor amplitud y eficacia posible a los importantes fines que le han sido asignados", establece dos importantes modificaciones a la situación anterior. Primera, se omite la bonificación del 90 por 100 en la primera transmisión de la finca y se establece la extensión de impuestos en la constitución de sociedades inmobiliarias cuyo objeto exclusivo fuera dedicarse a la construcción de viviendas bonificables.

Es decir, que la Ley de 1944 pecaba por exceso en lo que a la inversión directa se refería y el Decreto-ley de 1948 peca por defecto, pues no queda bonificado el momento de venta de la casa construida en caso de inversión indirecta.

A juicio del autor, las palabras del preámbulo citadas y la razón económica que motiva esta legislación aconsejan una interpretación de la Ley de 1948 favorable a considerar bonificada la primera enajenación a título oneroso en caso de inversión indirecta. Para ello estudia ampliamente la interpretación de la Ley y el modo de aplicación, así como los problemas que plantea el traspaso de la propiedad de las cosas reducidas por contrato de ejecución de obras con suministros de materiales por el contratista.

**Nart Fernández, Ignacio:** "Protestas de avería ante notario" (Crítica de la sentencia de 6 de noviembre de 1915); páginas 413 a 428.

El capitán de un buque tiene la obligación de entregar la carga en la cantidad y estado que la recibió y quedará libre de responsabilidad por la falta o menoscabo si sufrió avería que no le sea imputable, es decir, por caso fortuito o fuerza mayor.

Como consecuencia de ello establece el artículo 624 del Código civil que el capitán que hubiese corrido temporal o considerase haber sufrido la carga daño o avería hará sobre ello protesta ante la autoridad competente en el primer puerto donde arribe dentro de las veinticuatro horas siguientes a su llegada y la ratificará dentro del mismo término lue-

go que llegue al punto de su destino, procediendo en seguida a la justificación de los hechos sin poder abrir las escotillas hasta haberla verificado.

El Código de Comercio distingue, pues, claramente entre la manifestación solemne y pública de querer repetir por el gasto o exonerarse del daño y la justificación de éstos. ¡Quién es esa autoridad competente? En cuanto se refiere a la justificación de los hechos y ratificación de la protesta no hay duda que es el Juzgado de Primera instancia, como se desprende de los artículos 2.131 al 2.146 y 2.169 al 2.174 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Pero ni el Código de Comercio ni la Ley de Enjuiciamiento civil regula quién es la autoridad competente para recibir las protestas. Y la práctica, ya desde hace muchos años, comenzó a acogerse a la fe notarial, práctica que recibió el espaldarazo jurídico-legal por la Resolución de 9 de marzo de 1912, confirmada por la Real orden de 4 de noviembre del mismo año. A esto se opuso, sin embargo, la sentencia de 6 de noviembre de 1915, que resolvió un supuesto de hechos y circunstancias bastante anormales y en cuyas características encuentra el autor la razón de tal sentencia.

**Silva Melero, Valentín:** "Analogías y diferencias entre la ilicitud civil y penal"; páginas 431 a 455.

Después de examinar los distintos criterios de diferenciación entre la ilicitud civil y la penal, que han sido expuestos por la doctrina en distintos tiempos y en distintos países, hace resaltar que todos ellos tienen un valor relativo y no absoluto y que la más moderna doctrina es la siguiente:

1.º La ilicitud penal desde el punto de vista psicosocial presenta una mayor gravedad.

2.º Desde el prisma teleológico, mientras la ilicitud no penal se vincula a un derecho objetivo esencialmente como causa de daño o de peligro inmediato, la penal se refiere a daño o peligro social indirecto y, sobre todo, a un síntoma revelador de la peligrosidad criminal.

3.º En el aspecto técnico-formal, mientras la ilicitud civil ofende un derecho de carácter privado o público o particular, el delito constituye ofensa al Derecho fundamental subjetivo del Estado, a la propia existencia y conservación.

4.º La sanción criminal es absolutamente diferente de las consecuencias jurídicas propias de la ilicitud no penal.

En lo que se refiere al estudio de las analogías y diferencias entre la falsedad civil y penal la doctrina sostiene como elementos esenciales de la falsedad penal los siguientes: mutuación o imitación de la verdad, daños real o posible y dolo. El daño es un elemento esencial y sin concurrencia o, por lo menos, sin un peligro, no existe antijuricidad y, por consiguiente, tampoco infracción punible. Sin un daño, al menos potencial, nos encontramos con una falsedad inútil e inocua. Por lo que se refiere al dolo, al excluir la buena fe, hay que suponer la conciencia de

hacer valer como verdadero un documento falso con daño o peligro para otro. Por eso no es falsedad dolosa, como dice Carrara, cuando se cree verdadero lo que es falso ni tampoco cuando, conociendo la falsedad, se supone intrascendente.

La falsedad civil es bien distinta, porque supone la omisión de algunas de las solemnidades o circunstancias que la Ley exige para que un documento haga fe en juicio.

Este tipo de falsedad, así como la culposa, no tiene repercusión punitiva, salvo casos excepcionales de notoria gravedad previstos concretamente en el Código penal como la prevaricación culposa.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo rompe la armonía de nuestro Código al establecer que los Notarios y demás funcionarios que ostentan la fe pública pueden cometer falsedades culposas de tipo punible sin la concurrencia de aquellas características de trascendente gravedad que aparecen exigidas en otros supuestos. Cree el autor que no hay razón alguna para esta excepción, y entiende que sólo pueden motivar resarcimiento en vía civil, haciendo resaltar que la falsedad culposa aparece eliminada de alguna legislación tan moderna como la italiana que entiende se trata de un supuesto exclusivo de culpa civil.

Uría, Rodrigo: "Teoría de la concentración de empresas"; páginas 457 a 488.

La realidad de la concentración de empresas es tan rica que parece desafiar los mil intentos de clasificación que han ensayado con resultados poco halagüeños juristas relevantes.

Ante el fracaso de los distintos esfuerzos doctrinales parece conveniente atacar la raíz del mal y buscar la solución del problema con procedimientos distintos de los empleados hasta ahora y por camino también diferente.

Si la empresa es por esencia "organización", ¿por qué no acoger esta idea como idea modular del concepto de la concentración de empresas? ¿No será el fenómeno de la concentración una modalidad de esa "organización" determinada por la coincidencia de una serie de factores singulares de nuestro tiempo? A juicio del autor, sí. Las concentraciones de empresas son esencialmente organizaciones colectivas.

¿Cuáles son los elementos de la organización? El primero es el factor "plan". Sin un plan racional que haga cristalizar las actuaciones de las empresas en una conexión dinámica de fuerzas y efectos no sería concebible la concentración de aquéllas.

El otro factor es el espacio concreto en que se produce el fenómeno.

Y el tercero es la realización de una determinada idea jurídico-económica.

Estudia a continuación los distintos tipos de concentración de empresas en relación con estas ideas y especialmente el problema de la comunicación de la responsabilidad entre las empresas concentradas, des-

tacando el camino de solución que ofrece el artículo 5.º de la Ley de 10 de noviembre de 1942, que autorizó al Ministro de Hacienda, cuando las participaciones de una empresa en otras representen más de la quinta parte del capital de estas últimas, para liquidar las contribuciones sobre los beneficios considerando como unidad económica a la entidad que ejerce el control y a las que estén sometidas a ella mediante la consolidación o integración de los respectivos balances y cuentas de resultados.

**Sánchez Levasco, Hipólito:** "Contrato de promesa y promesa de contrato"; páginas 489 a 542.

Estudia en primer lugar el autor ampliamente las tres posiciones que cabe adoptar frente al precontrato, a saber:

1.º Admitir la posibilidad conceptual de esta figura y concederle el valor procesal de poder demandar en juicio el cumplimiento de la obligación contraída, o sea, la emisión de la declaración de voluntad que perfeccione el contrato futuro.

2.º No admitir la posibilidad conceptual del precontrato por entender que la prestación en él prometida se identifica con la del contrato principal y, por tanto, habría confusión entre el precontrato y el contrato futuro y no existiría jurídicamente más que éste.

3.º Admitir la posibilidad conceptual del precontrato y entendiendo que la prestación prometida en él es personalísima e infungible no podría la parte que pide su cumplimiento obtener de la contraria nada más que la indemnización de daños y perjuicios.

Después de estudiar ampliamente la legislación comparada y la doctrina y jurisprudencia española inclinada hacia la tercera posición, rechaza los argumentos del Tribunal Supremo diciendo: "Si admitiésemos la doctrina del Tribunal Supremo se daría el supuesto siguiente: el artículo 1.272 del Código civil dice que no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles; el "contraeré" es una prestación posible, luego el contrato es válido por razón del objeto, pero es posible si el deudor quiere, si no quiere, no, porque el "contraeré" es personalísimo y no se puede violentar su voluntad, no se admite la coacción, el cumplir o no la prestación, el que sea o no posible depende de su arbitrio; pero entonces estamos en el caso del artículo 1.256, en el que se dice que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y, por consiguiente, el precontrato sería nulo. Además, si la obligación de emitir una nueva declaración de voluntad en abstracto fuera personalísima, no sería posible ser delegada por representación a otra persona, y no sería transmisible ni podría un comprador reservarse el derecho de designar un tercero.

Si el precontrato como generador de obligaciones reúne todas las características de un verdadero contrato, o sean los requisitos del artículo 1.261, y, por tanto, es fuente de la obligación, la obligación ha de ser cumplida primordialmente en su débito y subsidiariamente en su responsabilidad y, por tanto, el efecto jurídico primordial es el del cum-

plimiento, el de ejecución de su débito. En consecuencia, no cabe hablar de precontrato en los contratos consensuales. Y en Derecho moderno no hay más que contratos consensuales.

Pero, aparte de todo esto, en la práctica, el precontrato es inútil, pues si lo que las partes quieren es suspender o aplazar la ejecución de un contrato perfecto tenemos la condición suspensiva y el término; si lo que quieren es dejar los efectos del contrato supeditado a un evento futuro hay la condición resolutoria y si quieren quedar con libertad de no cumplirlas utilicen la cláusula penal.

Díez Pastor, José Luis: "Las disposiciones testamentarias en favor de los no concebidos"; páginas 543 a 584.

La tesis de que el no concebido puede ser llamado por vía de sustitución, mas no por vía de institución, tiene su asiento en el principio de inspiración romana, según el cual el heredero ha de estar vivo en el momento de la muerte del testador.

Este principio se promulga formalmente en algunas legislaciones extranjeras (no en la nuestra). Reminiscencias confusas de la convicción romanista, según la cual el heredero continúa la persona del causante y de la doctrina rigurosa de los "tria tempora" inducen a una parte de la doctrina a elevar esa tesis al rango de principio fundamental de derecho sucesorio.

Frente a ella no hay que olvidar que la sustitución es también una institución de heredero y que el sustituido fideicomisario es heredero del causante, sucede al causante, no al fiduciario.

La necesidad de que el heredero nazca antes de morir el testador, ¿es una exigencia positiva de nuestro Derecho?

En la interpretación del artículo 781 del Código civil, que suele entenderse como excepción a un principio general no expresamente formulado, no hay que olvidar que en nuestro Derecho histórico se partía de la libertad del testador para establecer vinculaciones ilimitadas, que fueron restringidas por las Leyes de 1820 y 1841.

Si se suprimiese el artículo 781 el resultado no sería la abolición de la sustitución, sino al contrario, la licitud de las vinculaciones perpetuas.

Por lo menos hay que reconocer que la exclusión del no concebido en el Código civil no es patente. Descansa en una interpretación de preceptos que lo menos que se puede decir es que admiten interpretación distinta igualmente fundada.

Por otra parte, ni la existencia, ni la supervivencia, ni la capacidad, ni la aceptación del fiduciario condicionan la transmisión al fideicomisario. Eliminado por cualquier causa el fiduciario el derecho del sustituto queda incólume, éste entra en la herencia como heredero directo porque la sustitución fideicomisaria expresa implica tácitamente la vulgar, luego el no concebido puede llegar a suceder como heredero directo.

Si el fiduciario no acepta la herencia crea un mero problema práctico. ¿Qué hacemos de los bienes hasta que se cumpla la condición? La solu-

ción no parece dudosa. El llamamiento a los no concebidos subsiste como una institución condicional cualquiera y mientras esté pendiente la herencia se ha de poner la administración, salvo disposición especial del testador, conforme a lo dispuesto en los artículos 801 y el siguiente, en cuyos supuestos de hecho encaja en principio sin ninguna dificultad.

Ahora bien, la simple institución al no concebido, aunque posible, no es útil, ni está en uso, ni por sí sola valdría quizás la pena de montar todo este aparato defensivo. Pero unida al usufructo vitalicio ha sido y es constantemente empleada no sólo en paridad de rango con la sustitución fideicomisaria, sino incluso con mayor frecuencia que ella.

Pero frente a ella se ha levantado el siguiente argumento. No puede concebirse un usufructo sin su correlativa nuda propiedad, y ésta no es posible, pues el no concebido no puede ser titular de ningún derecho, luego tampoco cabe el usufructo.

¿Es cierto que no pueda concebirse un usufructo sin su correlativa nuda propiedad? No. Se puede sí afirmar que no hay nuda propiedad sin usufructo porque la propiedad no está desnuda si no se la despoja de él. Pero de esta afirmación no podemos inducir la correlativa; no hay usufructo sin nuda propiedad porque el usufructo lleva en sí sus propios límites y su propio contenido. Su sustancia económica está en la suma de facultades útiles que al usufructuario corresponde, y que ejerce por sí, sin ninguna intervención exterior. La existencia y el ejercicio del derecho limitado no depende de la existencia del dominio ni padece sus vicisitudes. No se pierde el derecho de vistas cuando el predio gravado queda "nullius".

Es posible, por lo tanto, la sustitución comentada.

Cierto es que es más correcto decir que el testador ha constituido un usufructo por la vía del legado e instituye herederos sujetos a condición suspensiva. Puede incluso el testador reservar la totalidad de los beneficios a los "no concebidos" o personas futuras de otro orden acumulando al capital lo que produzca mientras tanto. La solución técnica de esta disposición se encuentra dentro del Código civil en el albaceazgo con posibilidades casi limitadas.

**"Apéndice pseudopolémico" (Variaciones sobre un tema de Palomino); páginas 585 a 628.**

Es cierto que no puede decirse que el no concebido adquiere, como tampoco puede decirse que el no concebido no puede adquirir, porque el no concebido no es un sujeto lógico, sino gramatical, y sólo figuradamente podemos emplear esta frase para entendernos de algún modo. Pero la esencia de la cuestión es la siguiente afirmación: Se puede realizar un acto de disposición que favorecerá a una persona todavía no concebida situándola en la posibilidad de adquirir cuando llegue, si llega a ser concebida y nacer. Que esto es posible no se puede discutir porque es un hecho. Véase nuestro artículo 781 y el artículo 462 del Código civil

italiano. Será bueno o malo, esto es otra cuestión, pero es indiscutiblemente posible.

De los tres momentos en que el Derecho romano exigía la existencia y capacidad del heredero, a saber: el del otorgamiento de la disposición testamentaria, el de la delación y el de la adquisición, hay uno, al menos, del que ya no cabe hablar, que es el primero. Nadie pone en duda que el Código civil no exige la existencia del heredero al tiempo de ctorgarse el testamento. Lo que demuestra que la exigencia del Derecho romano obedecía a razones históricas circunstanciales. Reducidos así los tres tiempos a dos cabe preguntar si hay un mismo fundamento para exigir en ambos la existencia del heredero.

Si A. instituye heredero a B., y éste, ausente por causa de fuerza o emigración, fallece sin haber aceptado ni repudiado la herencia dejando varios hijos y uno de ellos, el más pequeño, concebido después de la muerte del testador, ¿quedaría éste excluido de la herencia? ¿En aras de qué interés? Y, sin embargo, si nos empeñamos en que el artículo 758 "presupone" la necesidad de que el heredero viva en el momento de la muerte del causante, esa sería la solución. Pero sería monstruosa, hasta el punto que, aunque la regla fuera expresa y no presunta, tendríamos que forzar la interpretación para eludirla en este caso.

En la sucesión intestada también puede plantearse el mismo problema. Si uno de los hijos o hermanos del causante es incapaz de suceder ocupan su lugar en la herencia sus propios hijos como herederos directos en virtud del derecho de representación; pero ¿qué hijos? ¿Sólo los que estuvieran concebidos después y antes de ser declarada la incapacidad, por ejemplo, en caso de litigio, o todos los que tuviere hasta que se muera? La conciencia actual está también en este caso a cien leguas de la regla inhumana de las XII Tablas.

Por lo tanto, nuestro Derecho conoce la sucesión directa del no concebido, aun sin llamamiento testamentario a su favor, por vía de transmitidos de la herencia, no adida o de representación, lo mismo que la conoce indistintamente por vía de sustitución fideicomisaria.

En definitiva, el problema de los no concebidos puede tener cualquier solución menos la de convertir el usufructo en institución de heredero fiduciario. Esto no sólo no lo impone ningún precepto legal, sino que es claramente ilícito en nuestro Derecho por ser contrario a la voluntad expresa del testador.

A. TENA  
Notario.

**BARROS MARTINEZ, Elías:** "Derecho local de España". Instituto Editorial Reus. Madrid, 1951; 1.355 págs.

El autor ha reunido y recopilado en este volumen el texto articulado de la Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1945, aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950; las disposiciones legales y reglamentarias, relativas al Régimen foral de Navarra; ordenación, expropiación y venta forzosa de solares; ensanche y reforma interior de poblaciones; abasto-

cimiento de agua a poblaciones; aprovechamientos maderables y leñosos de los montes públicos; responsabilidad civil de autoridades y funcionarios locales; contribución de usos y consumos; arbitrio sobre el vino y la sidra; impuesto sobre el consumo de gas y electricidad y recargo del 3 por 100 sobre el producto de las explotaciones mineras, y una serie de modelos y formularios para la redacción de actas, escritos de interposición de recursos, expedientes, ordenanzas, etc.

El texto articulado de la Ley de Régimen Local va acompañado de unos comentarios claros, sencillos y luminosos, en los que el autor explica y aclara los diversos preceptos de la Ley, haciendo constantes y amplias referencias a la Jurisprudencia y a las disposiciones legales y reglamentarias concordantes o complementarias.

Los textos reproducidos en las restantes secciones de la obra van precedidos también por notas preliminares acerca del origen y evolución de las disposiciones legales respectivas.

Los índices alfabético, general y de formularios facilitan considerablemente la consulta de la obra. Todo ello determina que la obra sea de las de consulta obligada para los profesionales del Derecho.

Jaime SANCHEZ-BLANCO

**RORGHESE, Sofo: "Il testamento e le successioni nella legge e nella pratica".** Milano, 1953; 284 págs.

Se dirige el libro reseñado no a técnicos del Derecho, sino a profesionales en cuestiones jurídicas. Pretende ser un guía para aquellos que desean testar. Este objetivo perseguido por la obra determina su sistemática. Debido a que la primera cuestión que tiene que resolver un hipotético testador es la de cómo se formará la masa patrimonial a repartir entre sus herederos, la obra comienza tratando de la constitución del "as" hereditario. A continuación se examina la sucesión legal o intestada a fin de evitar la confección de un testamento a aquellas personas cuyos propósitos coincidan, en esta materia, con lo previsto legalmente. Con ello finaliza la primera parte del libro. Su segunda parte está encaminada a facilitar la tarea de quienes han decidido resueltamente hacer testamento. Para ello se expone en primer lugar, la capacidad requerida para hacer testamento, y a continuación los diversos modos de realizarlo y los requisitos formales de cada uno de ellos. En su afán de simplificar la labor del testador, el autor llega a hacer observaciones en apariencia pueriles, como, por ejemplo, en materia de testamento ológrafo (número 80 y siguientes) las consideraciones acerca del material que en su confección puede ser empleado, la fecha, la firma.

Tras el examen de las formas de testar, entra el autor en el estudio de las disposiciones que puede contener un testamento, señalando primeramente sus diversas especies. Como precedente necesario a la consideración de las disposiciones patrimoniales, expone el autor las limitaciones a la libertad de testar determinadas por las "legítimas". La

exposición es, de acuerdo con el carácter del libro, sencilla y huye de toda controversia doctrinal. El capítulo 18 está dedicado íntegramente a casos prácticos y ejemplos. El autor que, por razones de claridad, hizo poco uso de ellos en las cuestiones concretas, trata ahora de aprovecharlos para recapitular y aclarar todo lo expuesto. El libro finaliza con el examen de los problemas derivados de la ejecución de la voluntad testamentaria y de las normas fiscales aplicables a ésta.

Los libros encaminados a difundir entre el público cuestiones jurídicas deben ser bien recibidos cuando logran su finalidad sin deformar conceptos e instituciones. Esta labor de difusión, indudablemente conveniente, es de difícil realización si se efectúa con probidad científica. Las dificultades aumentan si las cuestiones a divulgar son delicadas y encierran graves problemas jurídicos como ocurre en materia sucesoria. Estas dificultades han sido vencidas, con seguridad, por Borgheze. El esfuerzo por él realizado que supone el divulgar el complejo Derecho sucesorio sin incurrir en inexactitudes técnicas es digno de aprobación.

Carlos Roberto FERNANDEZ RODRIGUEZ  
*Profesor Auxiliar de Derecho Civil en la Universidad de Santiago. Becario del I. N. E. J.*

CASTAN TOBENAS, José: "Derecho civil español común y foral", séptima edición, tomo IV. Edit. Reus. Madrid, 1953; 840 págs.

El tratado de "Derecho civil español común y foral" del profesor Castán, ya clásico en la materia, alcanza ahora la séptima edición, debido al prestigio y popular acogimiento de que goza la obra de la primera autoridad de la magistratura española y de tan eximio y precioso maestro.

El trabajo, dedicado en un principio a la exposición de materias para la preparación de los aspirantes al notariado, rebasa hoy en día tales límites y fronteras, pues de un libro de iniciación y estudio resulta ahora un espléndido tratado de concusiones, de perspectivas doctrinales, necesario para toda consulta e imprescindible para el que intente abordar cualquier problema del Derecho civil español.

El tomo cuarto, que actualmente se da a la publicidad, contiene la materia referente a las "particulares relaciones obligatorias" dentro de la parte del "Derecho de obligaciones". El plan de la obra, al igual que en los tomos anteriores, es realizado de una manera realizadora y documental desde el triple punto de vista positivo, doctrinal y jurisprudencial. Su estilo es pedagógico y elegante.

En cuanto a la clasificación de los tipos contractuales, la sistemática está de acuerdo con las posiciones más modernas, en especial con la establecida por el profesor Casso. La obra contiene numerosas particularidades y nuevas soluciones que el autor añade para múltiples instituciones. Así, por ejemplo, nos ofrece en sus "primitivares" un análisis muy interesante de los contratos atípicos y preparatorios. Respecto de estos últimos, el profesor Castán cree que no hay base legal para considerar

como real el derecho de opción y juzgarlo, por ende, inscribible en el Registro, lo que no obstante para que se hayan de reconocer las ventajas que ofrecería una concepción más moderna que permitiese dar al mismo una publicidad registral.

Otro problema, a juicio del autor, que es necesario resolver hoy es el del reconocimiento del carácter real de la acción de retracto. Aunque el Código no sea muy expresivo—manifiesta—acerca de este punto en el artículo 1.521, por el contrario, el número 3 del artículo 37 de la vigente Ley Hipotecaria, viene a dar plena efectividad al derecho de retracto y permite proclamar su naturaleza real. Es clara, por lo demás, añade, la significación social que acompaña a todos los retractos legales.

En cuanto a las disputas que surgen en torno a la naturaleza jurídica de la donación, el profesor Castán advierte que las aportaciones encaminadas a la demostración de que el Código civil español construye la donación no como contrato, sino más bien como modo de adquirir y negocio traslativo, serán provechosas para nuestra ciencia jurídica. Pero, de todos modos, cree exagerada esta modernísima posición doctrinal, y no hace falta eliminar—añade—el ya clásico punto de vista de la donación como contrato, que tanto reflejo tiene en los textos de nuestro Código civil y que ni siquiera es fácil excluirlo en el caso excepcional del artículo 1.330, relativo a las donaciones por razón de matrimonio. Por eso —concluye—en nuestro Derecho no cabe duda que la donación inmediatamente traslativa no pierde su naturaleza de contrato, aunque vaya en él embebida la tradición de la cosa; en nuestro régimen jurídico, el contrato puede desempeñar, entre otras funciones, la de producir una transmisión patrimonial, mediante una obligación de realización inmediata, que en un solo acto aparezca creada y cumplida.

Dada la fuerte influencia social que actualmente informa el Derecho civil, es objeto de un estudio muy cuidado y laborioso por el autor la materia que se refiere al contrato de arrendamiento de cosas en el Código civil y en la legislación especial. El profesor Castán, con su maestría sistematizadora, nos ofrece un panorama despejado de esta materia que, en la actualidad, es insuficiente, confuso y, en bastantes casos, contradictoria. En esta institución del arrendamiento se recoge de un modo muy completo el análisis de la nueva redacción legal, la labor interpretativa y correctora de la jurisprudencia y las conclusiones de la investigación científica nacional y extranjera.

El profesor Castán—frente a la generalidad de los autores que consideran el derecho emanado del arrendamiento como de naturaleza real o personal, según sea arrendamiento inscrito o no inscrito—cree poco racional tal postura y opina la necesidad de sostener, cuando menos en el terreno de nuestro Derecho positivo actual, que el arrendamiento es siempre un mero derecho de obligación. Ve este autor cómo, no obstante, puede tener ciertos efectos reales (constitución de hipoteca, prórroga, inscripción, retracto, etc.), pero observa que este efecto parcial no modifica la naturaleza de la relación jurídica. Es más, a pesar de la actual regulación del arrendamiento rural y urbano, tampoco cree que sea de

carácter real. Lo que ha de reconocerse, en definitiva—aclara—, es que las nuevas disposiciones persiguen una finalidad social más que jurídica.

Los contratos de trabajo y de gestión componen un capítulo aparte en esta obra. Son especialmente tratados el contrato de arrendamiento de servicios, el de prestación de servicios propios de las profesiones y artes liberales y el contrato de trabajo. Este último, a juicio del profesor Castán, debe ser considerado como un tipo autónomo, de propia individualidad, desligado de la concepción romana que incluyó este contrato en el arrendamiento.

También se tratan bajo el epígrafe general de los “contratos de gestión” los contratos de empresa, transporte y adición; así como los contratos de mandatos y corretaje”. Al autor no le parece segura la tesis que mantuvimos sobre el carácter unilateral del corretaje. Opina que es más adaptable al Derecho patrio la tesis de Enneccerus, según la cual, este contrato puede ser unilateral o bilateral, según los casos.

La subsección 5.<sup>a</sup> del tratado estudia los contratos de gestión colectiva (contrato de sociedad, de aparcería y participación en los beneficios). Respecto de la aparcería, ante la polémica de si es un contrato de sociedad o locaticio, cree que es preferible aceptar la opinión de muchos autores modernos, según la cual, debe calificarse de contrato independiente y especial, de régimen privativo y denominación propia.

Entre los contratos de custodia, que integra la subsección 6.<sup>a</sup>, trata el autor el contrato de depósito y los de hospedaje y exposición. Frente a la doctrina nacional y extranjera, con tendencia marcada a dar al depósito la consideración de contrato, el profesor Castán opina que implica una ficción demasiado violenta dar carácter contractual a todas las variedades del depósito, según el autor, el depósito necesario legal (a que se refiere el nám. 1 del art. 1.781 y el 1.782) y menos el secuestro, no son, en realidad contrato. Lo que hay—manifiesta—es que las variedades legales y judiciales del depósito deben tener su sede en diversos lugares del Código y de las leyes especiales y de procedimiento, y, por tanto, al tratar el Código del depósito dentro de los contratos debía haberse limitado a regular el depósito propiamente dicho, cuya naturaleza contractual no ofrece duda ninguna.

Por lo que se refiere al contrato de hospedaje, el autor se adscribe a la posición de Pérez Serrano, que lo considera de naturaleza compleja. Igualmente cree, con Roca Juan, que el contrato de exposición es mixto o complejo con diversidad de elementos y prestaciones persiguiendo el fin económico de la exposición, que da sustantividad al contrato.

Bajo el título “contratos aleatorios” se estudian el contrato de seguridad, la renta vitalicia, el contrato de juego, el contrato de apuesta, el vitalicio y el violetario en Cataluña. Para el profesor Castán el contrato de seguro es el contrato por el que una de las partes, el asegurador, se obliga a pagar algo (una indemnización o una suma) al asegurado o a un tercero en el caso de que ocurra un riesgo o acontecimiento incierto a la persona o cosa que se asegura a cambio de una prima o dividendo.

Siguiendo la terminología de Enreccerus, el autor incluye dentro de los llamados "contratos de garantía y afirmación de derechos" el contrato de fianza, los contratos de garantía real (prenda, hipoteca y anticresis), y los "contratos dirigidos a la eliminación de una incertidumbre jurídica" (decisión por suerte, transacción y compromiso).

Bajo el título "contratos abstractos" recoge el autor la teoría de los contratos obstractos, el contrato de promesa de deuda, el contrato de promesa escrita al portador, el contrato de reconocimiento de deuda y el contrato de giro o asignación.

La sección segunda de la obra dedicada al "régimen de las obligaciones convencionales en el Derecho internacional privado español" y a las obligaciones extracontractuales. En estas últimas se distinguen las "obligaciones quasi contractuales" (el pago o cobro de lo indebido y gestión de asuntos ajenos sin mandato) y las "obligaciones derivadas del acto ilícito" (obligaciones procedentes de hechos ilícitos, obligaciones que nacen de culpa extracontractual o aquiliana y obligaciones derivadas del delito penal).

Frente a Planiol, que impugna el punto de vista, tan admitido, de la licitud y voluntariedad de los hechos constitutivos de los quasi contratos, el profesor Castán no admite íntegramente esta teoría, porque, a su juicio, ni todo quasi contrato puede reducirse al enriquecimiento injusto; ni menos es posible hallar en este último los caracteres propios del hecho ilícito. Pero de todos modos—concluye—hay que reconocer la vaguedad y el sentido puramente negativo de la definición legal del quasi contrato.

Visto, pues, el pensamiento del autor en torno a las instituciones que componen las relaciones obligatorias en particular, el libro resulta sugerente, a la par que deleitable, por lo magníficamente expuesto y documentado. Con esta obra del profesor Castán, el jurista español posee ahora un bagaje más sólido y sustancioso con el cual puede aleccionar y adecuar su prudencia y remontarse por los caminos ascendentes de la problemática del Derecho civil.

José BONET CORREA

**FERRERO, Giovanni:** "L'albergo" (Organizzazione, gestione, rilevazione, statistique e contabilità). Milano, 1952. Ed. Giuffrè; 341 págs.

La conquista del espacio por el hombre actual intensifica de tal modo las relaciones de convivencia que tiene un especial reflejo en la organización público-social, económica, gubernativa y jurídico-civil de los pueblos.

Giovanni Ferrero, en su libro sobre "El hotel", viene a presentarnos el estudio de esta figura que por su complejidad y trascendencia tiene un reflejo jurídico importante. Ahora bien, la obra de este autor prescinde del análisis del aspecto civil para referirse al aspecto mercantil y destacar particularmente la faceta interna correspondiente a la organización, gestión, estadística y contabilidad de la empresa hotelera.

La obra está distribuida en seis capítulos y tres apéndices que se refieren a la publicidad, a la indagación sobre la capacidad receptiva de los hoteles de Turín y Milán y a la contabilidad general de la hacienda hotelera.

Estudiados hasta ahora los problemas referentes a la industria hotelera desde el aspecto externo, de relación con el público, tanto desde la faceta civil, especialmente la responsabilidad que le afecta al hotelero, como desde la mercantil, en tanto empresa que engendra relaciones gubernativas, laborales, fiscales y crediticias, se nos presenta esta obra que aborda un problema nuevo e interesante en la estructuración y organización de los hoteles.

La primera materia que se trata es la de las condiciones ambientales necesarias para que surja el hotel como empresa de producción. En este capítulo se analizan especialmente las materias referentes al turismo y a los centros turísticos, los tipos estructurales de los modernos hoteles, clasificación de los mismos, los factores de orden comercial y los entes auxiliares de turismo.

El problema dimensional del hotel es objeto del capítulo segundo, mereciendo atención las cuestiones de capacidad receptiva, sus caracteres económicos, la estructura del edificio, la empresa hotelera, la construcción de edificios y el alquiler de los mismos.

El aspecto financiero de la cuestión, en cuanto al capital y al crédito hotelero, corresponde al capítulo tercero de la obra. A continuación se estudian los caracteres económicos de la gestión referidos al coste y sostenimiento de la administración, del personal, de las cargas fiscales, los accesorios, los precios, el control, la correspondencia y el monopolio.

El capítulo quinto del libro se refiere a los datos estadísticos, de un modo especial los referentes a la producción, resultados a obtener y política de precios. Se aborda, por último, en el capítulo sexto, la materia referente a contabilidad y balances de hoteles.

La obra de Ferrero completa una faceta muy interesante en el análisis del hospedaje, no sólo de utilidad para el industrial, sino también para el profesional y, en especial, para el jurista que en estos momentos ve surgir con nuevos y variados contornos la figura compleja del contrato de hospedaje o de hostelería.

José BONET CORREA

**FORCHIELLI, Paolo: "I contratti reali". Giuffrè, Ed. Milán, 1952; 186 páginas.**

El tema de los llamados contratos reales—reales “quoad constitutionem”, parece superfluo revelarlo—, se ha puesto de pronto de moda. Respondiendo a esta corriente, y cuando hoy se procede a una revisión crítica de la categoría, Forchielli tuvo el acierto de dedicarle una monografía en la que ampliamente estudia la estructura, relevancia y fun-

ción del contrato real de cara al ordenamiento positivo italiano instaurado por el nuevo Código civil.

El resultado de sus agudas reflexiones (justo es reconocerlo) queda resumido en la nota final con que se cierra el libro que comentamos. En ella se formulan dos interrogantes: en primer lugar, si vale la pena de conservar, no ya respecto al mutuo y al depósito oneroso, sino también respecto al comodato, y al mutuo y depósito gratuitos, la tradicional estructura real sobre la base de la justificación racional propuesta, y de la que luego nos ocuparemos brevemente, o si por el contrario, conviene dar a todas estas figuras una estructura esencialmente consensual, sacrificando aquella misma justificación. En otras palabras, ¿la disciplina positiva de estos contratos es verdaderamente adecuada a su "ratio"?

En segundo lugar, si la disciplina positiva del contrato preliminar, teniendo particularmente en cuenta los innumerables y característicos reflejos que asume en el campo de los contratos reales, es verdaderamente adecuada a su función, o si bien conviene también aquí equiparar la promesa de contrato al contrato definitivo.

Lástima que el autor, con el fácil pretexto de que estas preguntas son de orden marcadamente político-legislativo, se haya abstenido de expresar su opinión, juzgando cumplida su misión desde el momento en que las conclusiones hermenéuticas y dogmáticas expuestas pueden suministrar al legislador futuro una cierta base, aunque sólo sea mínima e inestable, para resolver eventualmente estos interrogantes.

Pero lo cierto es que la impresión que se saca de la atenta lectura del libro es que no merece la pena seguir manteniendo la categoría del contrato real como categoría autónoma.

Tras de examinar en el capítulo primero el estado de la legislación estudiando el valor de la mención de la entrega ("contrahendi" o "solvendi causa") en la definición legislativa de algunos contratos (comodato, mutuo, depósito, arras, contrato estimatorio, donación de módico valor, contrato de doble o "report", en los que el autor descubre la nota de su "realidad"; prenda (!), transporte, descuento, locación, seguro, pago y "datio in solutum", que, a su juicio, son figuras erróneamente consideradas como reales), Forchielli se ocupa del estado de la doctrina.

A tal fin considera la doctrina tradicional, que fundamentalmente se basa para mantener la categoría de los contratos reales en el principio o prejuicio de la inadmisibilidad de una obligación de restituir sin que antes se haya recibido la entrega, lo que no le impide a esta misma doctrina admitir el contrato preliminar de contrato real. Con justicia el autor critica dicho prejuicio acudiendo al paralelismo con los llamados contratos restitutorios (que pueden ser también consensuales), en los que la obligación de restituir surge aun antes de la entrega, siquiera desde el punto de vista material—no jurídico—dicha obligación no pueda tener efecto sin la entrega previa. Seguidamente examina la doctrina consensualista, que llega a la negación de la categoría de los contratos reales, cuya crítica de la teoría tradicional acoge con simpatías el autor

por las razones antedichas. Se hace eco también de aquella doctrina que reconoce la categoría de los contratos reales tan sólo en los casos de conclusión manual, haciendo ver que, en sustancia, no difiere de la teoría consensualista pura, ya que siempre quedará en pie el problema de saber si la entrega se realiza "contrahendi" o "solvendi causa". Sinceramente el autor se ve obligado a confesar que la doctrina consensualista es la más coherente desde el punto de vista lógico, aunque, a su modo de ver, es inaceptable en el terreno positivo. Ponen fin a este segundo capítulo unas cuantas observaciones críticas, del mayor interés, acerca de la pretendida inaceptabilidad práctica de la tesis consensualista, revelada por Berliri, según el cual la obligación de restituir surgiría "ex lege" del hecho de haber recibido la entrega. El único obstáculo práctico con que tropieza la tesis consensualista es, según Forchielli, la duda acerca de su correspondencia con la voluntad normal de los contratantes en los contratos de favor. Punto éste que a lo largo de toda la obra se convierte en el fuero de la construcción defendida. Cierra el capítulo el examen de la doctrina italiana más reciente. Aunque para el autor es la que más probablemente responde al Derecho positivo, no deja de poner de relieve su insuficiencia hermenéutica y dogmática.

El capítulo tercero del libro está dedicado al estudio de la doctrina de la entrega de la cosa, tema hoy en boga en la moderna literatura italiana (Vid., por ejemplo, la reciente obra de Dalmatello) (1). Hay que reconocer que este capítulo es una verdadera obra maestra de "arquitectura jurídica". Pero si bien Celso dijo a su tiempo que el Derecho es arte, y arte de lo bueno y de lo justo, no le pasó por la imaginación que el Derecho fuera arte abstracto...

En el capítulo cuarto se estudia la estructura del contrato real, empezando por su "contenido", en el que el autor no descubre ningún carácter típico respecto al supuesto de hecho de algunos contratos consensuales, en especial de la locación: la entrega no pertenece al contenido del contrato real. Por lo que se refiere a la "forma" del contrato real, Forchielli, tras de negar que éste sea un supuesto de hecho complejo a un contrato sometido a una "condictio iuris" (la de la entrega) ofrece unos cuantos ejemplos de contratos en los que la forma se identifica y se agota con la entrega (contratos manuales y contratos tácitos, conceptualmente distintos, pero frecuentemente confundidos en la práctica), llegando a la conclusión de que la entrega en el contrato real tácito debe ser considerada como forma negocial implícita (acto concluyente), conclusión que—a nuestro juicio erróneamente—extiende a la hipótesis del contrato real explícito sobre la base del concepto de voluntad vinculante: la entrega no es para Forchielli más que la "forma esencial" de la voluntad vinculatoria. De ahí la identidad estructural que existe entre el contrato real tácito y el contrato real explícito, puesto que en éste el acuerdo explícito, como forma de la concreta regulación negocial, no adquiere carácter vinculante sin la entrega, que es la que imprime aquel carácter.

(1) *La consegna della cosa*, Milán, 1950.

Por consiguiente, a juicio de Forchielli, la diferencia específica del contrato real respecto al contrato consensual tácito es la función esencial, en lugar de ocasional, que en aquél despliega la entrega: la entrega en el contrato real siempre se verifica "contrahendi causa". De donde el contrato real no es un supuesto de hecho complejo (consentimiento + entrega), sino unitario (consentimiento mediante entrega).

En el capítulo siguiente (el quinto) se ocupa Forchielli de la atendibilidad positiva y práctica de la solución propugnada, analizando con tal motivo la relevancia y la función del contrato real.

Por lo que se refiere al primer aspecto, entiende que la realidad del contrato de doble "report", y lo mismo la de la donación de módico valor, se inspira en razones y exigencias de orden público, siendo, por tanto, su disciplina de carácter imperativo. Por el contrario, las otras figuras de contrato real no tienen, en lo que mira al punto concreto de la entrega, una disciplina positiva inderogable, por lo que, a su juicio, es inaceptable e insuficiente la tesis dominante que establece un pretendido principio de inderogabilidad de la disciplina de los tradicionales contratos reales. Y, en efecto, falta una norma expresa general en la cual se pueda fundamentar dicho principio. Para confirmar esta afirmación el autor hace una breve excursión por el Derecho romano clásico, por cierto de escaso valor científico y trata de buscar dicho pretendido principio de la inderogabilidad en la disciplina particular del comodato, del inutuo, del depósito, del secuestro convencional, de la entrega de arras. El resultado de esta minuciosa investigación es que no existe ninguna norma que niegue la validez del acuerdo consensual de contrato real, excepción hecha del "report" y de la donación de módico valor.

Otros argumentos que abonan esta conclusión los deduce el autor de una contradicción interna de la doctrina tradicional en orden a la admisibilidad del contrato preliminar de contrato real, la cual no se explicaría si la disciplina de los contratos reales fuera de carácter imperativo. Igualmente apoya la referida conclusión la imposibilidad de atribuir al pretendido principio de la inderogabilidad de la disciplina una justificación racional y práctica convincente como por el contrario existe para las dos hipótesis excepcionales ("report" y donación de módico valor).

Por ello Forchielli entiende que hay que buscar por otro lado el sentido y el alcance de la disciplina real de los contratos: las definiciones de los tradicionales contratos reales tienen, a su juicio, naturaleza dispositiva. Apenas existe una presunción ("lato sensu") de que tales contratos se perfeccionan "re", pero por ello mismo cabe perfectamente que en determinados casos estos mismos contratos se perfeccionen "consensu".

Después de señalar la diferencia entre normas dispositivas y normas imperativas respecto al proceso lógico de su elaboración, puntualiza el probable "iter" lógico seguido por el legislador al mencionar la entrega en las definiciones de los tradicionales contratos reales, y que puede resumirse en la siguiente proposición: al que promete dar un préstamo o tomar un depósito no entiende normalmente que asume un vínculo

jurídico; el carácter vinculante de su promesa surge, por regla general, sólo del hecho de la entrega; ante él podrá tal vez sentirse obligado moralmente, pero no jurídicamente empeñado (?). De aquí se deduce que, en línea de principio, las promesas de comodato, de mutuo, de depósito integran un contrato jurídicamente vinculante, en tanto, en cuanto la voluntad vinculatoria haya sido tangiblemente manifestada mediante la entrega. Por eso, la forma normal, típica de estos contratos, es la entrega. Y esto explicaría según Forchielli, por qué el legislador menciona la entrega misma y no la obligación de efectuarla en las respectivas definiciones de los contratos reales. Pero esto no excluye que el acuerdo puramente consensual del contrato real pueda tener relevancia jurídica autónoma en determinadas circunstancias. Lo que salva y justifica en el sistema la categoría de los contratos reales es la "normalidad", o sea, el hecho de que el modo normal de concluir tales contratos es el de entregar.

Ahora bien; Forchielli siente la necesidad de comprobar si este posible "iter" encuentra correspondencia en la realidad práctica. Interpretando el "id quod plerumque accidit" entiende que verosímilmente las promesas consensuales de comodato, y de mutuo y depósito gratuitos no son vinculantes, de donde su normal equivocidad en orden a su carácter obligacional o no.

La conclusión más sabrosa de todo este capítulo es la de que así como la realidad del comodato y del mutuo y depósito gratuitos conservan a su juicio una justificación actual, falta, por el contrario, tal justificación para los contratos reales no gratuitos, respeto de los que tan sólo encuentra una posible justificación histórica deducida de su normal configuración como contratos gratuitos.

En el último capítulo del libro se examina el acuerdo consensual de contrato real, estudiando su admisibilidad lógica y práctica y su configurabilidad dogmática y positiva como contratos preliminares no vinculantes, como contrato definitivo consensual y como contrato preliminar. A este respecto, Forchielli se ocupa con algún detenimiento del problema del contrato preliminar, pronunciándose en favor de la admisibilidad del contrato preliminar de contrato real y criticando, tanto la tesis que identifica el supuesto de hecho del contrato preliminar con el del contrato definitivo consensual, como la opinión que descubre una insanable contradicción entre la disciplina real de los contratos y la validez de los correspondientes contratos preliminares.

Una especial atención merecen, de un lado, el problema de la interpretación del acuerdo consensual de contrato real y, de otro, el problema de la discriminación del acuerdo jurídicamente vinculante con relación a los meros tratos preliminares, que, en definitiva, resuelve el autor atendiendo a la voluntad de las partes en cada caso concreto y al principio general de la voluntad normal de aquéllas. En conclusión, estima que en los casos equívocos debe configurarse un contrato definitivo mejor que un contrato preliminar.

Por último, Forchielli estudia el problema de la ejecución específica del contrato preliminar de contrato real, llegando a una solución afirmativa.

Tal es, en resumen, el contenido del libro reseñado. Su lectura suscita no pocas objeciones a la tesis central defendida. Pero comoquiera que el problema viene preocupándonos hondamente a raíz de haber defendido en una señalada ocasión la tesis consensualista del contrato de mutuo y tenemos en proyecto un curso monográfico sobre "la categoría de los contratos reales" (su crisis y revisión conceptual), reservamos para mejor lugar el pleno desarrollo de nuestro punto de vista general y respecto a nuestro ordenamiento positivo. Aquí apenas dejaremos consignadas nuestras reservas respecto a una categoría contractual que—como ha demostrado recientemente el profesor D'Ors (2)—constituye un "nōnum genus" totalmente ajeno a la jurisprudencia romana clásica; tan sólo Gayo (Inst. III, 89-90), al tratar de las obligaciones que se contraen "re", incoó el referido "genus", elaborado más tarde por los jurisconsultos justinianos por glosadores y postglosadores y por los autores del Derecho común. Viciada en su origen histórico la categoría, no es de extrañar, pues, que haya perdurado a lo largo del tiempo como un residuo histórico perturbador impuesto por el peso de la tradición y que hoy se haga necesaria su revisión conceptual, dando a los preceptos legales relativos a la materia una interpretación todavía más amplia y flexible que la propuesta por Forchielli; dando un paso más, hasta llegar a las últimas consecuencias, sin timideces ni titubeos.

Juan-Bautista JORDANO  
Profesor Encargado de Derecho Civil  
en la Universidad de Santiago.

**FUENTES LOJO, Juan V. (con la colaboración de J. Fuentes-Lojo y A. Córdoba): "Suma de arrendamientos urbanos". Editorial Jurídica Española. Madrid. Distribuida por Blanco de Rodas; 497 págs.**

Como los mismos autores declaran en el prólogo de esta "Suma de arrendamientos urbanos", no han pretendido realizar una obra esencialmente técnica. Se trata de un libro de indudable utilidad práctica para los profesionales del Derecho por ofrecer reunidos los criterios según los que la doctrina y la jurisprudencia han interpretado la Ley de Arrendamientos Urbanos. Por tanto, más que un nuevo comentario de la Ley, constituye esta obra una recopilación de comentarios y hace así posible la consulta rápida de cuanto los comentaristas y los Tribunales han dicho en torno a los múltiples problemas que plantea la aplicación de la Ley.

Con todo, no es esta finalidad práctica la única—ni la principal—que han tenido en cuenta los autores. Pues además les anima el deseo de lo-

(2) *Observaciones sobre el "edictum de rebus creditis"*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XIX, 1953.

grar, a través de esta agrupación de opiniones, la unificación de criterios que tan necesaria se hace en medio de la desorientación producida por interpretaciones tan diversas y, frecuentemente, contradictorias. Unificación de criterios que tendrá, además, la importante misión de hacer posible en su día la creación de una legislación arrendaticia menos problemática y más acertada.

La sistemática adoptada no es sino la misma seguida por el articulado de la Ley. A continuación del texto de cada artículo, y bajo la rúbrica "Problemas que puede suscitar", se recogen las opiniones de los tradidistas (los preferentemente citados son García Royo, Bellón, Reyes y Gallardo) las doctrinas extraídas de trabajos monográficos sobre la materia y la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales de instancia, principalmente de los de Barcelona. No obstante, los autores no se limitan a recoger opiniones ajenas, sino que, con frecuencia, añaden la suya propia, bien adhiriéndose a la que les parece más adecuada entre las ya formuladas, bien enfocando con nuevo punto de vista la solución del problema en cuestión.

La corrección de pruebas parece no haber sido tan cuidada como hubiera sido de desear. Se han deslizado algunas erratas e imprecisiones terminológicas que, aunque fácilmente subsanables, desentonan del conjunto de la obra, tan pulcramente editada.

J. FERRANDIS VILELLA

**GONZALEZ ORDÓÑEZ, José María:** "Apuntes de Derecho hipotecario", obra patrocinada por el Centro de Estudios y Oposiciones (C. E. Y. O.). Distribuida por Viuda e Hijos de Calvo, Madrid, 1953; 514 páginas.

La obra reseñada contiene las contestaciones a los temas de Legislación hipotecaria del programa de oposiciones a Notarías publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de 14 de septiembre de 1945.

Por su finalidad y destino, la obra no puede considerarse como libro de consulta. En líneas generales puede afirmarse que las contestaciones que comentamos son resúmenes de las de Roca Sastre. El resumen es, por lo general, bueno y la redacción correcta y clara e indudablemente facilitará al opositor la preparación de los temas de Derecho hipotecario, que era bastante penosa con el texto de Roca, debido a la extensión de sus temas y en ocasiones a la redacción oscura de los mismos. Sin que pretendamos comparar ambas obras en cuanto a su contenido y valor científico—porque no admite comparación—, creemos justo afirmar que los Apuntes de González Ordóñez han de ser más útiles que las mismas Instituciones de Roca para la preparación de los temas de Legislación hipotecaria, cuya exposición no puede ser más extensa dado el tiempo escasísimo de que dispone el opositor.

Esto no obstante, entendemos que en algunos temas no ha logrado el autor la vigorosa síntesis que hubiera sido de desear, habiéndole dado, por el contrario, una extensión acaso excesiva. Se echa de menos

una separación tipográfica de las distintas ideas y entre los textos legales o reglamentarios y los comentarios doctrinales, opiniones de tratadistas, etc., que sería de desear en una obra dedicada a opositores en cuya preparación ha de influir necesariamente la facilidad de retención.

J. S. B.

**GUAITA, Aurelio:** "El proceso administrativo de lesividad". (El recurso contencioso interpuesto por la Administración.) Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1953; 187 págs.

La obra reseñada contiene un estudio del proceso administrativo entablado por la propia Administración en demanda de que se revoque por el Tribunal un acto administrativo que declaró derechos a favor de un particular, pero que es, además de ilegal, lesivo a los intereses de la Administración; es decir, el llamado proceso de lesividad.

Comienza Guaita con un capítulo de Introducción en el que, después de poner de manifiesto que falta aún en España un Tratado de Derecho procesal administrativo, aunque recientemente hayan comenzado los autores a prestar su atención a esta materia, se extiende en consideraciones sobre el concepto del proceso administrativo en general, sobre la clasificación de los procesos administrativos en ordinarios y especiales y sobre la denominación con que deben ser designados.

En el capítulo II el autor se ocupa del concepto, naturaleza y fundamento del proceso de lesividad.

Define éste como proceso administrativo especial, promovido por un sujeto jurídico-administrativo, en demanda de que se revoque un acto administrativo anterior de aquel mismo sujeto público por el que se declaró algún derecho en favor de un tercero.

Los actos administrativos—advierte Guaita—son, por lo general, revocables, pero por excepción no lo son aquellos que crean, declaran o reconocen derechos a favor de tercero. Sin embargo, esta excepción tiene a su vez otra excepción: hay actos administrativos declarativos de derecho, que pueden ser revocados en atención al daño que se seguiría a los intereses públicos si fuese mantenida la ilegalidad que suponen. La revocación de tales actos se encomienda a los mismos Tribunales que enjuician la actividad administrativa, ante los cuales ha de acudir el sujeto administrativo interesado en destruir el derecho subjetivo ilegalmente declarado y reconocido a un particular.

Examina el autor seguidamente el origen, la evolución y la legislación vigente aplicable al proceso de lesividad.

Guaita dedica los capítulos siguientes (III a VI) al estudio del Tribunal competente las partes, y los presupuestos objetivos y las peculiaridades del procedimiento frente al proceso administrativo ordinario, y concluye la obra fijando, en el capítulo VII, a grandes rasgos y en síntesis, las conclusiones de su trabajo, que son las siguientes:

1.º El proceso de lesividad, en cuanto tiene por finalidad la revo-

cación de un acto administrativo declaratorio de derechos dictado por la propia Administración demandante, es una institución plenamente justificada y peculiar del Derecho procesal administrativo español, tan antiguo entre nosotros como el proceso administrativo ordinario o promovido frente a la Administración.

2.<sup>a</sup> La legitimación del demandante (la Administración) tanto puede consistir en la violación de un derecho subjetivo del mismo como en la infracción de la norma objetiva por vicios de fondo, forma o competencia, con tal de que en ambos casos se haya producido también una lesión de los intereses económicos de la Administración demandante.

3.<sup>a</sup> El Fiscal, representante necesario de la Administración Central demandante, sólo intervine a título subsidiario cuando el proceso es promovido por las Corporaciones locales.

4.<sup>a</sup> El demandado es siempre el favorecido por el acto impugnado (particulares, Corporaciones u otra esfera la Administración distinta de la demandante).

5.<sup>a</sup> Nuestro Derecho no reconoce a los coadyuvantes en el proceso de lesividad, pero debía admitirse esta institución, tanto junto a la Administración demandante como junto al demandado.

6.<sup>a</sup> En principio, los actos impugnados son en el proceso de lesividad los mismos que en el proceso administrativo ordinario (actos administrativos, silencio administrativo, contratos administrativos).

7.<sup>a</sup> Los actos impugnados en el proceso de lesividad no es preciso que hayan causado efecto, pero sí que se hayan adoptado por la Administración en virtud de facultades regladas.

8.<sup>a</sup> Como presupuesto peculiar y esencial en el proceso estudiado hay que consignar la declaración de lesividad, hecha por la Administración, reducida a consignar que el acto lesivo lo es para sus intereses económicos. Esta declaración de lesividad previa al proceso del mismo nombre, es un acto administrativo discrecional y, en su consecuencia, inimpugnable.

9.<sup>a</sup> También en cuanto al procedimiento se observan en el proceso la lesividad, aparte de los plazos, otras peculiaridades frente al proceso administrativo ordinario, así, por ejemplo: no hay "escrito de interposición del recurso", ni puede darse tampoco la caducidad ni la suspensión del acto impugnado, siendo, por el contrario, posible el allanamiento y la rebeldía del demandado.

10. El proceso de lesividad, regulado fundamentalmente en la Ley procesal de 1952, es, en sus líneas fundamentales, el mismo, independientemente de que la Administración demandante sea la central o la local. Deben, no obstante, señalarse ciertas especialidades en este último caso, como, por ejemplo, en materia de representación, gratuitad, procedimiento para la declaración de lesividad, etc."

HEDEMANN, Justus Wilhelm: "Die rechtstellung der frau". Walter de Gruyter. Berlín, 1952; XII-63 págs.

El Profesor Hedemann, tan conocido por sus estudios de Derecho civil y por ser uno de los más ardientes propulsores del llamado "Derecho económico", nos ofrece ahora en este libro un conjunto de sugestivas consideraciones en torno a la posición jurídica de la mujer. Vienen éstas determinadas por el proyecto de ley del Gobierno Federal de Bonn, aparecido en julio de 1952, acerca de la situación jurídica de la mujer. El libro, que trata de aportar una serie de observaciones críticas al proyecto, comienza con una parte histórica, a la que sigue una segunda parte denominada "Enciclopedia", concluyendo con un estudio político-legislativo (tercera parte).

Al contemplar la posición jurídica de la mujer desde un punto de vista histórico, examina el autor los correspondientes preceptos de diversos Códigos civiles (particularmente del B. G. B.), y de modo especial, las declaraciones contenidas en diferentes Constituciones, las cuales, a pesar de basarse en principios igualitarios, no establecen la igualdad jurídica de la mujer sino a partir de la primera guerra mundial. Al lado de estas indicaciones histórico-jurídicas presentase unas breves noticias acerca de los movimientos políticos-sociales encaminados al establecimiento de la igualdad jurídica de la mujer y el hombre, las cuales se extienden desde las actividades de Marie Olympe de Gouges (siglo XVIII) hasta la "Deutsche Verband Berufstätiger Frauen", fundada en Bonn el 20 de mayo de 1951. Hedemann concluye esta introducción histórica con la afirmación de que, prescindiendo de declaraciones legales y movimientos sociales, hay que reconocer una "real elevación de la mujer" manifestada en su accesión a profesiones y cargos de todo género.

La segunda parte del libro (titulada "Enzyklopädie") adolece de cierta vaguedad. En ella examina el autor diversos rasgos característicos de la mujer y las diversas situaciones en que ésta puede encontrarse de modo especial el matrimonio. Se refiere asimismo a la particular posición que ocupan las viudas, divorciadas y solteras, lamentándose de la escasa atención a ellas dispensada por el legislador. Desde un punto de vista jurídico sólo ofrece interés en esta segunda parte la indicación de que es necesario para la ciencia jurídica el elaborar el concepto técnico de "cónyuges" como sujeto autónomo capaz de derechos y obligaciones.

En la tercera parte del libro realiza el profesor Hedemann el estudio de diversos puntos concretos contenidos en el proyecto. Comienza señalando una serie de directrices (entre las que destaca la referente a un mayor influjo de la Religión y la Moral en las cuestiones matrimoniales) para la tarea legislativa emprendida. Considera el autor la cuestión de la disensión de los cónyuges respecto de problemas familiares, y tras analizar críticamente las soluciones propuestas, opta por una fórmula variable a tenor de las circunstancias para resolver los casos de disensión. El apellido de la mujer casada, la elección del domicilio conyugal, la situación de los cónyuges separados son también regulados por el

proyecto federal y, consiguientemente, estudiados por Hedemann. Asimismo examina éste la solución (de Derecho supletorio) adoptada por el proyecto respecto del régimen patrimonial del matrimonio: separación de bienes con cierta participación en las ganancias. La tercera parte concluye con la exposición de los problemas jurídicos a que da lugar la mujer como madre y la mujer en el trabajo.

El libro reseñado posee el atractivo característico de los estudios político-jurídicos. En él logra el Profesor Hedemann presentar en apretada síntesis, además de sus propias opiniones, las tendencias doctrinales y políticas, existentes en Alemania acerca de cuestión tan delicada como la posición jurídica de la mujer. Tendencias que, por no reconocer la mayoría de ellas la inevitable conexión de Religión, Moral y Derecho, conducen casi siempre a resultados erróneos. La contemplación de todo ello puede ser una gran lección para el jurista que desee meditar sobre la posición jurídica de la mujer, cuestión que, sin duda, constituye uno de los grandes temas del Derecho civil.

Carlos Roberto FERNANDEZ RODRIGUEZ.

Profesor *Auxiliar de Derecho Civil en la Universidad de Santiago. Becario del I. N. E. J.*

KEGEL, Gerhard: "Empfieht es sich, den Einfluss grundlegender Veränderungen des wirtschaftslebens auf, Verträge gesetzlich zu regeln?" (Tübingen, 1953, págs. 136-236 de las Actas del XL Congreso de Juristas Alemanes.)

El profesor de la Universidad de Colonia, Gerhard Kegel, prosigue con el dictamen sometido a la Asamblea de los Juristas Alemanes, una labor que no está desconectada con trabajos anteriores. Ya en su obra, relativa al efecto de la guerra sobre los contratos, tuvo la ocasión de tocar el tema.

El trabajo reseñado no quiere ser un estudio apurador; pero, dentro de los límites asignados, se puede aseverar que no deja en la sombra ningún aspecto, ninguna faceta del problema tan actual como el de la influencia de las modificaciones fundamentales de la vida económica sobre los contratos, tema de clásico abolengo que toma amplitud y agudeza en nuestra "edad de masas" anegante de la voluntad y del poder individual.

El autor esboza en rasgos apretados y duros la historia, el derecho comparado (con más pormenores el francés, inglés y norteamericano, pero no olvide al español ni a los demás), la doctrina y la jurisprudencia.

Tiene sobre la posición del problema una idea precisa, cristalizada a lo largo de experiencias y meditaciones. Se trata, dice, de una cuestión de la contribución al riesgo y daños. El contrato es peligroso y debe serlo. Cada una de las partes debe soportar sus propios riesgos, pero hay también peligros comunes y ninguna de las partes puede exigir que la otra se cargue de una catástrofe de la naturaleza, de los actos del

Estado, en una palabra, de estos peligros de masa que día tras día van creciendo en esta época de masas. Estos disturbios están fuera del alcance de las partes.

Los acontecimientos fuera del alcance de las partes tendrán efecto sólo cuando causan daños considerables. Otra condición de aplicación es que el interesado no ha debido contar con los sucesos.

En principio hay que compartir los daños. Tratándose de riesgos no imputables a la voluntad de cualquiera parte, la línea directriz debe ser una partición mitad-mitad y la ejecución de esta disposición, susceptible, por cierto, de una variedad de modalidades, debe tomar como guía el mantener los daños en un grado mínimo para ambas partes.

El autor propone reducir la extensa y bastante coherente jurisprudencia en un precepto legal que plasma en los siguientes términos: "Si una parte se encuentra perjudicada, por circunstancias que están fuera del alcance de ambas partes y con que no debía de contar, de tal manera que la dación de la prestación le sea considerablemente dificultada al deudor o la recepción de la prestación considerablemente desvalorizada para él acreedor, entonces la otra parte debe asumir una porción apropiada de los daños."

J. G. V.

**LOPEZ BARRANTES, Ramón, y MEJIAS GONZALEZ, Manuel:** "Sociedades Anónimas: Aplicación práctica de sus preceptos". Gráficas Chamado. Madrid, 1953; 814 págs.

Se inicia esta obra con un breve e interesante prólogo del excelentísimo señor don José María de la Puerta y de las Pozas, abogado del Estado y consejero permanente de Estado, en el cual se pone de relieve que la íntima conexión de la Sociedad Anónima con el Estado y su reglamentación por parte de éste no es fruto de las modernas teorías intervencionistas, sino que existió desde los orígenes de aquélla, aunque a partir de la revolución de 1868, y como consecuencia del imperio de las ideas liberales de la época, cesara la intervención estatal y se considerara la creación de las Sociedades Anónimas como un negocio jurídico privado, dedicándose en los Códigos de Comercio—tal el nuestro vigente—muy pocos preceptos a su regulación, lo cual ha sido superado en los tiempos modernos, en que la Sociedad Anónima, ante el desplazamiento de parte de la actividad económica reservada a la iniciativa particular, hacia el campo de la pública, lejos de perder importancia, cobra nueva virtualidad, por servir de molde jurídico y de instrumento económico al ejercicio de esas nuevas facultades del Estado. Por ello, en nuestro Derecho, era acuciante la necesidad de completar con la publicación de una Ley especial sobre las Sociedades Anónimas las muy escasas normas jurídicas que el Código de Comercio dedicaba a su regulación.

A continuación los autores dedican unas líneas a exponer el plan de la obra. Después se transcribe íntegramente la Exposición de Mo-

tivos de la Ley. Luego se contiene los comentarios o glosas a cada uno de los artículos de la misma. Y, por último, se termina con tres índices, uno alfabético, muy completo, otro del lugar en que se tratan las disposiciones transitorias y otro general.

En la parte central de la obra, que es la dedicada al comentario de los artículos de la Ley, se transcriben por su orden los mismos y, a continuación de cada uno, se hace el oportuno comentario o glosa, precedido de las concordancias con otros artículos de la propia Ley o de otros cuerpos legales y de la cita de la jurisprudencia aplicable. Los comentarios a cada artículo consisten, por regla general, en una breve explicación del sentido del mismo, el examen de las más importantes cuestiones que pueden suscitarse con respecto a él y el análisis de las disposiciones oportunas relativas al Registro Mercantil, los problemas fiscales del precepto de que se trate y, en su caso, la legislación especial existente. Las disposiciones transitorias de la Ley no son examinadas separadamente, sino al hacerse la glosa del artículo o artículos a que se refieren.

La explicación del sentido o interpretación de los artículos de la Ley, aunque breve y sencilla, nos parece, por regla general, acertada, así como el examen de la mayor parte de las cuestiones que con respecto a los mismos se plantean, que revela, por parte de los autores, un gran conocimiento de la vida real de las Sociedades Anónimas. Por ello y, además, por la exposición tan completa que se hace de la legislación especial y de las cuestiones fiscales, que en muchas empresas tienen tanta o más importancia que los problemas de fondo, estimamos que la obra es de gran utilidad práctica, por lo cual, el propósito perseguido por sus autores de facilitar la aplicación de la nueva Ley con un sentido eminentemente práctico, lo creemos plenamente conseguido.

Lo expuesto no quiere decir que estemos de acuerdo con todas las opiniones que se mantienen a lo largo de la obra, pues aunque por regla general nos parecen aceptables no faltan algunas con las que no coincidimos, como son, por ejemplo, la opinión que se formula al comentar el artículo 32 de que la preocupación que muestra la Ley por la valoración de las aportaciones no dinerarias es exagerada; la que se mantiene al comentar el artículo 53 de que en el cómputo del plazo para la convocatoria de la Junta general sólo han de contarse los días hábiles; la interpretación del artículo 68 sobre los plazos para la impugnación de los acuerdos sociales; la del artículo 72 sobre el plazo durante el cual podrán ejercer su cargo los administradores designados en la escritura de constitución, y la del primer párrafo del artículo 85, en cuanto se dice—en la página 423—que la falta de aquiescencia de algunos accionistas a las modificaciones de los Estatutos que impliquen nuevas obligaciones para ellos, dará derecho a los mismos a separarse de la Sociedad, con lo cual se da a entender que ese es el efecto que produce tal falta de equiescencia, cuando más bien parece que el efecto de ésta es impedir la modificación de los Estatutos.

Por otra parte, de las cuestiones o dudas que en la obra se plantean,

muchas no hacen más que plantearse, sin tratarse de resolverlas, como creemos debía haberse hecho, pues el carácter práctico de la obra no se opone a ello y los autores demuestran tener preparación más que suficiente para haberlo intentado. Tampoco hubiera estado demás, a pesar del aludido carácter, alguna indicación bibliográfica o cita de la opinión de otros autores sobre los más importantes o discutidos preceptos de la Ley, teniendo en cuenta que en la fecha de aparición de esta obra existía ya una no escasa bibliografía sobre aquélla.

No obstante, estos pequeños reparos no modifican el juicio favorable de la obra, que, repetimos, nos parece de gran utilidad práctica no sólo para los profesionales del derecho, sino también para los encargados de la administración y dirección de las Sociedades Anónimas.

Rafael GIMENO CAMARRA

Magistrado.

Juez de Instrucción núm. 4 de Madrid.

**MICCIO, Renato:** "La cessione dei beni nel concordato". Dott. A. Giuffré  
Milano, 1953; 303 págs.

Es innecesario poner de relieve el interés de la materia tratada en esta obra, la primera que del autor nos llega, y de sus posibles desenvolvimientos, quedando todo ello encuadrado en el básico problema del derecho de obligaciones referente a la posibilidad de incumplimiento de la prestación debida y al conjunto de medidas encaminadas a impedirlo o a disminuir sus efectos.

En el estudio no se rehuye dar al tema toda la amplitud necesaria aun a costa de frecuentes tropiezos con las cuestiones más batidas del derecho de obligaciones. El primer capítulo intenta determinar y coordinar, una vez determinadas, los términos garantía y responsabilidad. En resumen, nos habla de garantías en sentido propio o técnico (garantías específicas, privilegios) como medios de reforzar el vínculo obligatorio, con función sustantiva del cumplimiento voluntario, y cuyo carácter es preventivo respecto de su constitución, coetánea a la del crédito, mientras que tienen carácter sucesivo respecto del incumplimiento. De otra parte, las que denomina garantías impropias (acción subrogatoria, acción revocatoria, secuestro conservativo) tienen, al contrario, carácter sucesivo respecto a la constitución del crédito y preventivo en cuanto al incumplimiento de la prestación. Ahora bien, así como el primer tipo de garantía concede un poder que refuerza el vínculo, las garantías impropias suponen la facultad de ingerirse en la esfera patrimonial del deudor. Lógicamente, preguntar por el fundamento de esta intromisión supone el problema del contenido de la obligación y el de la naturaleza de la ejecución forzosa.

Una gran parte de la doctrina italiana viene manteniendo, en punto al contenido de la relación obligatoria, posiciones bien diferentes de la tesis tradicional. No obstante, Mirio opina que objeto de la obligación

es la prestación en su sentido clásico, y sobre ella incide el derecho del acreedor, siendo éste de naturaleza personal, sin que sea necesario, a su juicio, afirmar su transformación en real una vez que el incumplimiento ha tenido lugar. Las conclusiones a que llega en materia de responsabilidad patrimonial, que no nos parecen convincentes, se reducen a apreciar un sentido subjetivo determinado de los efectos pasivos de una situación jurídica, y un sentido objetivo como capacidad del sujeto de soportar dichos efectos pasivos, un elemento que entra en el concepto mismo de capacidad del sujeto, integrándola y constituyendo su parte negativa, de modo que si faltase su falta implicaría la inexistencia de la parte activa de la capacidad.

La ejecución forzosa, en caso de falta de cumplimiento, da motivo al autor para una serie de consideraciones acerca de su naturaleza jurídica y función en la relación obligatoria. Afirma la opinión generalizada de que la misma consiste en un subrogado del que, naturalmente, se prescinde en los casos de desenvolvimiento normal de la obligación, y que constituye tan sólo uno de los aspectos de la fuerza ejecutiva de la ley. Para negar naturaleza real al poder del acreedor en fase de ejecución forzosa, acude a la falta en tal poder del carácter de inmediato respecto de la cosa, criterio que tomado en modo exclusivo nos parece insuficiente, ya que también nos haría dudar del carácter de derecho real en la hipoteca y prenda. En suma, viene a concluir el autor, que si la agresión de los bienes del deudor puede en algún caso, no necesariamente, producir una relación de derecho real entre el acreedor y los bienes del deudor, esto no implica que tal relación estuviera ya latente en la obligación, sino que es efecto exclusivo de la intervención estatal al servicio del privado cuyo derecho ha sido lesionado.

Entrando ya en materia de la cesión de bienes a los acreedores, ésta aparece regulada por el Cód. civ. it. como un contrato en virtud del cual el deudor encarga a sus acreedores de liquidar todas o algunas de sus actividades y de repartir entre ellos lo obtenido para satisfacción de sus créditos. Preceptúa, además, que la administración de los bienes pertenece a los acreedores, que podrán ejercitar las acciones relativas a los bienes cedidos, que el deudor no podrá disponer de éstos y que los acreedores anteriores a la cesión que en ella no hayan intervenido podrán también dirigirse contra tales bienes. Sin embargo, el deudor tiene en su mano la facultad de hacer alternativos el cumplimiento de la prestación debida y el de la cesión ya pactada.

De esta regulación excluye el autor toda idea de coacción o ejecución forzosa, ya que en ella predomina el carácter contractual, lo mismo que una noción de pago en sentido estricto, ya que no hay cumplimiento voluntario de la prestación, y deduce de ella un carácter de garantía, aunque "sui generis", que con posterioridad al constituirse de la relación obligatoria viene a reforzar ésta contra el incipiente peligro de insolvencia del deudor. Ahora bien, presupuesto que el deudor cedente de sus bienes continúa siendo propietario de éstos, encontramos una serie de actos jurídicos realizados por un sujeto (acreedor o acreedores cessiona-

rios) respecto de un patrimonio (el del deudor cedente) del cual no es titular. El autor ensaya una distinción entre las dos situaciones que pueden explicar el fenómeno en general, pero sin lograr una distinción satisfactoria entre negocio representativo y legitimación como poder de hecho; como asimismo no consigue darnos una idea esencial de la representación, insistiendo con exceso en su carácter contractual y sin que sea siempre cierta la relación mediata entre representante y derecho del cual con este carácter dispone.

La naturaleza jurídica de la cesión de bienes ha dado lugar en la doctrina italiana a una diversidad de opiniones justificativas, y de todas ellas se da cuenta detallada en la obra. Para dar posible solución al problema del origen y naturaleza del poder que los acreedores tienen sobre los bienes ya cedidos, el autor comienza discutiendo la autonomía conceptual del poder de disposición en general, y dándonos una idea sumaria del estado de la cuestión, concluye por afirmar que tal poder de disposición adquiere relevancia cuando se le considera separado de la titularidad del derecho de que se dispone, o lo que es lo mismo, cuando de éste disponga quien no es titular. En este último caso la característica esencial es la de presentarse orgánicamente conexo, con una función instrumental, un verdadero y propio derecho potestativo. Naturalmente que sobre esta base resultará inaplicable a la cesión de bienes a los acreedores cualquier consideración fundada en el juego autónomo del poder de disposición, cesión concedida por Miccio como una institución convencional, de la que surgen una serie de derechos y obligaciones entre los cuales figura el poder de disposición que adquieran los acreedores cesionarios y el hecho de que el cedente debe permitir el ejercicio de tal poder. Excluido, por otra parte, que con la cesión de bienes pueda realizarse una figura de negocio autorizativo, ya que el autor niega que la autorización pueda tener encaje en el ordenamiento jurídico italiano, como asimismo el que pueda tratarse de un supuesto de sustitución, visto que el carácter contractual de la cesión de bienes es incompatible con la noción de acto de autoridad y con una situación de efectiva superioridad de una parte sobre la otra. Miccio concluye su reiterado argumentar afirmando que se trata de un contrato de mandato representativo con exclusión de cualquier fenómeno de transferencia real o de sucesión constitutiva a favor de los acreedores cesionarios.

Sobre esta base que podríamos llamar obligacionista, vienen desarrollados los efectos de la cesión de bienes a los acreedores, y con particular detenimiento el poder de los cesionarios sobre los bienes y la indisponibilidad de los mismos por parte del deudor. El contrato de cesión de bienes a los acreedores, a tenor de lo ya dicho, entra en juego cuando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor se hace objetivamente problemático y las condiciones crediticias no son tranquilizadoras. Estas condiciones expresan, por lo menos, una posible y latente insolvencia por parte del deudor, el cual podrá ser incluso un empresario comerciante lo que hace calificar a tal situación de crítica. No obstante la gravedad del caso, la Ley de Quiebras italiana considera benevolente-

mente a aquellos deudores que ofrezcan para el pago de sus deudas todos sus bienes existentes en su patrimonio, evitando así la declaración de quiebra, y siempre que la valoración de todos los bienes haga suponer que los acreedores quirografarios podrán ser satisfechos al menos en el 40 por 100 del valor de sus créditos.

La regulación acordada por la Ley de Quiebras hace plantearse al autor la cuestión de si la cesión de bienes a los acreedores que puede tener lugar en el "concordato preventivo" es de naturaleza idéntica a la prescrita en el Cód. civ. it. Sintetizando el desarrollo dado al problema, parece ser la idea central el considerar a la cesión de bienes regulada en el Cód. civ. it. no como una institución limitada al campo estrictamente civil, sino como un remedio al alcance de cualquier comerciante que crea lo encontrarse todavía en estado de auténtica insolvencia; es decir, el comerciante podrá seguir dos caminos. consistente el primero en proponer un contrato de cesión de bienes a tenor exclusivo de lo dispuesto en el Cód. civ. it. si cree no estar en estado de insolvencia, mientras que el segundo, para el caso de saberse realmente insolvente, se traduce en una propuesta de "concordato preventivo" mediante la cesión de bienes a los acreedores, pero sujetándose ya a todas las formalidades y garantías señaladas en la Ley de Quiebras. Ahora bien, esta cesión "concordatoria" excluye la existencia entre acreedores y deudor de cualquier reacción representativa e incluso de todo encargo de gestión del tipo examinado para la cesión de bienes en sentido propio. La base de que el autor en el estudio de los efectos de la cesión de bienes a los acreedores cuando ésta tiene lugar en el "concordato preventivo", consiste en afirmar en ésta un negocio trascendente de la propiedad de los bienes al cual puede añadirse, como aspecto conexo, la finalidad de liquidar los mismos.

La última parte del tratado está dedicada a la cuestión de si es admisible el "concordato fallimentare" (que en Derecho italiano se concreta en la oferta del pago de un tanto por ciento de la masa pasiva y en las garantías prestadas para ello por el quebrado) mediante la cesión de bienes del quebrado. El problema en manos del autor, resulta desplazado a un momento o fase previa, la situación jurídica del quebrado. Demostrado que este último conserva la propiedad de sus bienes, puesto que ninguna transferencia real y efectiva se actúa a favor de los acreedores con ocasión de la quiebra, deduce de ello que el quebrado puede ser parte en un contrato de cesión de sus bienes, incluso si ésta tiene lugar en el "concordato fallimentare".

Con la cesión de bienes a los acreedores por parte del quebrado y efectos de la misma, termina Miccio su extensa y bien trabajada monografía en la que tantos y tan importantes problemas se plantea.

NUÑEZ LAGOS, Rafael: "Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles". Instituto Editorial Reus. Madrid, 1953; 118 págs.

Con la profundidad en él habitual, el autor nos ofrece en esta monografía un estudio completísimo de la acción reivindicatoria y una acabada investigación histórica acerca de los orígenes y evolución de la irreivindicabilidad.

Como punto de partida plantea la dinámica de los desplazamientos patrimoniales, teniendo en cuenta que en ellos pueden estar interesados no sólo las "partes" sino determinados "terceros". El transmitente, de buena o mala fe, puede no ser el verdadero propietario de la cosa y entonces nos encontramos con un "tercero preterido". Por otro lado, la titularidad de la cosa transmitida puede ir a parar, mediante nuevos desplazamientos, a sucesivos adquirentes, que gozarán de la protección dispensada al tráfico jurídico de buena fe y serán, por ello, "terceros preferidos o protegidos". De ahí la necesidad de encontrar un equilibrio en la pugna de intereses entre estos terceros.

En el Derecho Romano, el tercero "preterido" debe vencer. El sagrado derecho de propiedad da lugar a una acción reivindicatoria que no se detiene ante nada. Al adquirente vencido en juicio se le reconoce frente al vendedor la acción de saneamiento por evicción, y así se restablece el equilibrio.

En el Derecho germánico vence el tercero adquirente—tercero "protegido"—, salvo en casos de robo, hurto o privación involuntaria de la cosa. No hay acción reivindicatoria; la adquisición "a non domino" da lugar a una propiedad irreivindicable.

Junto a estos dos sistemas fundamentales hay otros intermedios. Reivindicación previo pago de rescate o indemnización al lesionado por el despojo o por la reivindicación en vez de restituirle o concederle la cosa.

En el Derecho moderno, la regla general es la reivindicación en favor del tercero "preterido". Por excepción, algunas legislaciones conceden inmunidad al tercero, adquirente de buena fe, bien por admitir una situación de "irreivindicabilidad" amparada en el sistema registral (España y Suiza), bien por reconocer la validez de la adquisición "a non domino" (Alemania).

Tras este planteamiento, estudia la reivindicación romanista, analizando sus caracteres y requisitos. La prueba es objeto de cuidadoso estudio. En cuanto a las presunciones, es de advertir que, así como en las acciones reales en general, despliegan toda su eficacia—singularmente las presunciones posesorias—, en cambio en la reivindicatoria no caben presunciones en cuanto al dominio. En España siempre se ha exigido la prueba "directa" y "positiva" del dominio presentando título, sin que quepan conjeturas ni presunciones. La presunción establecida en el párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria (principio de legitimación) actúa "in limine litis", pero no es la prueba. Para otras acciones reales, en las que el problema del dominio está presente "incidenter".

pero no "principaliter" rige la presunción registral. Para la reivindicatoria, el precepto del artículo 38, en cuanto al dominio, no resulta de gran utilidad. El Tribunal Supremo continúa exigiendo la prueba directa.

La "probatio diabolica" se justifica por la misma naturaleza del dominio. Así como en las obligaciones el hecho constitutivo y la titularidad actual se encuentran cronológicamente cercanos, en el dominio aparecen distanciados, pues el dominio es prácticamente perpetuo y las transmisiones se multiplican a través de los siglos. El adquirente, por un modo derivativo, ha de remontarse hasta una titularidad anterior adquirida por modo originario, con lo que se demostrará que el transmitente era propietario o que mediante la accesión de posesiones se ha verificado la usucapión (modo originario).

Desde el punto de vista del demandado, hay que tener en cuenta la posibilidad de oponer excepciones, basadas unas en la cualidad del actor y otras en la misma cualidad del demandado. Las más eficaces nacen de la posesión titulada y de la cualidad de tercero protegido por la inscripción. Con ello nos encontramos ante dos fuentes de irreivindicabilidad.

De ahí el estudio de los orígenes de la irreivindicabilidad, idea que, como la de adquisición "a non domino", es de origen germánico. Aquí interviene la Gewere, la paz del rey, la inmunidad del mercado, etc. En los mercados medievales, frecuentados por mercaderes extranjeros, se hace difícil y a menudo imposible el saneamiento por evicción. Y "donde el hecho elimina la evicción, el mercado suprime la reivindicación". Así se decreta la firmeza y carácter definitivo de las adquisiciones en ferias o mercados, aunque fueran adquisiciones "a non domino" (irreivindicabilidad).

En particular hay dos fuentes principales de irreivindicabilidad: inmunidad por otores ("intertiatio" o "Anefang") e inmunidad por exclusión (Gewere legal o de año y día).

"Dar otores" es, en nuestros Fueros, el equivalente de la "laudatio auctoris" que se produce en la evicción. Pues bien, cuando se limita el número de "otores" y sólo se admiten tres (de ahí el nombre de "intertiatio") se ha reconocido implícitamente una causa de irreivindicabilidad. El comprador en cuarto grado queda ileso si presenta los tres causantes que le precedieron en la posesión de la cosa.

En cuanto a la "rechte Gewere" de inmuebles, su efecto principal consiste en producir, por el transcurso de año y día, la irreivincibilidad absoluta de la cosa.

Los fueros municipales españoles acogen la "Gewere" extrajudicial. Sin necesidad de acudir al proceso fingido, se anticipa el efecto de la paz judicial a toda posesión o adquisición inmobiliaria no impugnada por el transcurso de año y día. Después, el renacimiento del Derecho Romano determinará que se haga encajar la "Gewere" de año y día dentro de la "possessio ad usucacionem" en la ruta de la usucapión no consumada, pero en curso.

El estudio de la evolución posterior de estas ideas sigue a través de las leyes del Estilo y Novísima Recopilación. La práctica judicial ante-

rior a la creación del Tribunal Supremo se estudia directamente sobre los "memoriales ajustados" y las "allegationes iuris" (los llamados "porcones"). Según resulta de este examen, la teoría pura de la reivindicación se refiere al poseedor sin título. En cuanto hay título, la reivindicación ha de convertirse, para prosperar, en una acción de nulidad.

El Tribunal Supremo ha interferido los supuestos, sin distinguir bien los casos en que lo principal es la impugnación del título, de aquellos otros en que lo fundamental es la reivindicación mientras que la impugnación del título tiene carácter incidental.

Por último, en un apéndice que lleva la rúbrica "Dos acciones y un solo artículo (art. 35 L. H.)" se estudia la irreivindicabilidad producida por título "inválido" inscrito en el Registro de la Propiedad.

Con estas indicaciones no hacemos más que ofrecer, a grandes rasgos, un esquema del contenido de esta monografía, tan llena de valiosos datos históricos, de minuciosas consideraciones doctrinales y de referencias bibliográficas, jurisprudenciales y de Derecho comparado del máximo interés.

Dr. J. FERRANDIS VILELLA  
*Profesor Auxiliar de Derecho Civil.*

PACE, Salvatore: "Il coltivatore diretto". Milano, 1953. Ed. Giuffrè; 78 páginas.

La necesidad de obtener cierta estabilidad para el agricultor, dentro del régimen imperativo de una economía autárquica, repercute y tiene su reflejo normativo en la legislación civil. En tal sentido se estructura la nueva legislación vinculadora y de emergencia que sobre el disfrute de la tierra los Estados europeos dictan en la hora presente.

Un estudio particularizado de la protección que el gobierno italiano presta a una determinada categoría de agricultores, los llamados "cultivadores directos", es el que nos presenta Pace. La obra, que contiene cuatro capítulos, trata las siguientes materias fundamentales: la importancia de la figura del cultivador directo; el titular de la pequeña empresa; la preponderancia del trabajo familiar y, por último, algunos aspectos del desarrollo de la actividad de los contratos agrarios.

El joven profesor, asistente de la Universidad de Roma, concibe el cultivo directo como una relación con el fundo sobre la que el agricultor ejerce su actividad y que debe ser regulada cual un derecho de goce real y necesario, presupuesto para el ejercicio de su actividad económica. Su normación está sancionada por reglas particulares con una peculiaridad definida en cuanto contiene preceptos más favorables para el agricultor que las del empresario normal al intentar proteger su debilidad económica. Se trata, pues, de una fase de fortalecimiento y restablecimiento económico que tiene por fundamento social la obtención de ventajas para los cultivadores directos necesitados de una tutela.

Advierte Pace que al tratar el problema, las tendencias sociales toman

por base la analogía que el legislador establece en estos casos entre el cultivador directo y la que se refiere a los trabajadores subordinados. A diferencia de los demás, el cultivador directo es un pequeño empresario que ejerce su actividad mediante el disfrute de los bienes—especialmente la tierra y los animales—, que son de por sí muy limitados.

El autor cree que los problemas político-sociales que interesan a los cultivadores directos son los mismos que tiene planteados la agricultura sólo que desde un punto de vista particular. La tendencia general es que las relaciones entre propietario y arrendatario confíen hacia una mayor estabilización de la disponibilidad de la tierra en cuanto al pequeño empresario. En la legislación italiana es un sacrificio que se impone por la Constitución a la pequeña propiedad. Solución drástica—concluye Pace—en cuanto tiende a la atribución de la propiedad al cultivador directo. En este sentido varias leyes parciales, dictadas últimamente en Italia, rematan toda una evolución social que culmina con la transformación de la titularidad de las tierras de labor para quien las trabaja.

El estudio monográfico de Pace es claro, sistematizado y revelador. El fenómeno que trata es paralelo con el que en nuestra Patria se plantea y que tiene ya un reflejo positivo con el llamado "arrendamiento protegido", una clase específica que la ley crea frente a los arrendamientos ordinarios, debido a la protección que la misma ley les otorga. Vienen determinados por la cuantía de la renta anual (que no excedan de cuarenta quintales métricos de trigo, según el artículo 3.<sup>o</sup> de la Ley de Arrendamientos rústicos de 1940) y por llevar el arrendatario la explotación de un modo directo y personal (art. 6.<sup>o</sup> de la Ley de 1940, art. 4.<sup>o</sup> de la Ley de 1942 y art. 5.<sup>o</sup> de la Ley de 1944).

La trascendencia social y jurídica que tiene esta protección al pequeño cultivador se advierte en la transformación que se opera en el arrendatario elevándose a la categoría de dueño que el Estado actualmente pretende y en la diversa naturaleza que adquiere su relación jurídica, no sólo como propietario, sino también como arrendatario, especialmente en nuestra legislación, en cuanto el "arrendamiento protegido" implica el ser titular de un "ius ad rem", más estable y permanente y con una vocación a su consolidación definitiva.

El trabajo de Pace nos da, pues, una visión muy completa de la figura del cultivador directo y del alcance que tiene en la época actual.

José BONET CORREA

**PALANDT, Otto:** "Bürgerliches Gesetzbuch. Bearbeitet von B. Danckelman, H. Gramm, U. Hache, W. Lauterbach y L. Rechenmacher". 11.<sup>a</sup> edición refundida y ampliada. C. H. Beck. Munich y Berlín, 1953; 2,393 págs. (tomo VII de la colección "Beck'sche Kurz-Kommentare").

Los comentarios al B. G. B. dirigidos por Palandt han sido en estos últimos años una de las obras que de forma rápida han obtenido justa fama y merecida difusión. Aparece la primera edición en 1939, y en el

año 1953 se nos ofrece ya la décimoprimeras; este hecho habla por sí solo. Aunque las circunstancias hayan favorecido la reiterada impresión de la obra, ésta, en sí misma y avalada por sus propios méritos, hubiera sido igualmente acreedora a tan favorable acogida.

Describir ahora sus características de forma detallada sería por nuestra parte empeño improcedente; los estudiosos del Derecho civil conocen el libro y nada nuevo les diríamos (1). Vamos, pues, en estas líneas a destacar los más salientes rasgos de la 11.<sup>a</sup> edición recientemente aparecida. Los redactores han pretendido sobre todo dotar a su labor de una gran utilidad práctica, procurado ofrecer al lector una depurada y cuidada puesta al día no sólo en lo relativo a la Legislación y Jurisprudencia, sino también mediante una ponderada selección de Bibliografía. El Derecho en la Zona Oriental sólo se ha tenido en cuenta en la medida que pueda tener una significación interlocal, ofreciendo una ojeada de conjunto, en su estado actual, de los delicados problemas que Alemania tiene hoy planteados en esta materia.

La Ley sobre Otorgamiento de testamentos y contratos sucesorios de 31 de julio de 1938 ni se ofrece ya como una Ley autónoma, puesto que sus disposiciones se han llevado al B. G. B., quedando insertas en su articulado en cumplimiento de la Ley de 5 de marzo de 1953 dictada para obtener el restablecimiento de la unidad legislativa en el ámbito del Derecho civil. Por tanto, las disposiciones de la "Testamentsgesetz" de 1938 forman hoy el contenido de los párrafos 2.064, 2.229 a 2.267 y 2.272 a 2.274 del B. G. B.

Graves problemas tiene hoy planteados el jurista alemán con la discutida cuestión de la equiparación jurídica de marido y mujer. El artículo 3.<sup>o</sup> de la Constitución de Bonn establece como principio fundamental dicha equiparación, y el artículo 117 dispone que todas las normas que contraigan tal principio sólo estarían en vigor hasta el 31 de marzo de 1953. Han quedado, pues, derogadas automáticamente el día 1 de abril de 1953. Como no se ha dictado una Ley que adapte el Código civil al precepto constitucional, esta adaptación "por ahora" debe hacerla el jurista en cada caso. Los redactores de la 11.<sup>a</sup> edición del Palandt han seguido en este punto un camino de orientación y ayuda al lector. En la Introducción al libro de Derecho de familia se han indicado las cuestiones fundamentales que el precepto constitucional plantea y además, en los lugares precisos, se ha advertido qué disposiciones del B. G. B. deben entenderse afectadas.

La distribución del trabajo en la edición que reseñamos es la siguiente: Parte general a cargo de Danckelmann, Derecho de las relaciones obligatorias a cargo de Danckelmann y Gramm, Derecho de cosas a cargo de Hoche, Derecho de familia a cargo de Lauterbach y Derecho sucesorio a cargo de Rechenmacher.

Aparte de las disposiciones complementarias a lo largo del articulado del Código se van ofreciendo en los lugares que corresponde, al final

(1) Vé. la reseña que a la décima edición hizo el profesor CASTRO BRAVO en este ANUARIO, V. 3; págs. 1092-1094.

del mismo se insertan como apéndice: 1) Ley de Introducción con todas sus modificaciones. 2) Ley para la modificación de las disposiciones del Derecho de ausencia de 15 de enero de 1951, la cual refundió el Derecho alemán en materia de ausencia en base principalmente a la Ley de 4 de julio de 1939, dotando de unidad a la Legislación tan afectada en este punto por las consecuencias de la guerra. Se indica el Derecho de la Alemania Oriental. 3) Ley sobre negocios a plazos de 16 de mayo de 1894. 4) Ley sobre la Propiedad de la vivienda (y de locales no vivienda) de 15 de marzo de 1951. 5) Ley sobre derechos en buques y construcciones navales inscritos de 15 de noviembre de 1940. 6) Ley de matrimonio de 20 de febrero de 1946 (número 16 del Consejo de Control). 7) Ley número 52 sobre bloqueo e inspección de patrimonios. 8) Ley número 53 sobre canjeo de divisas y control de la circulación de bienes. Todas estas Leyes van acompañadas de comentarios sistemáticos y de una adecuada explicación de su finalidad, motivos, etc.

Al principio de la obra se recoge el prólogo de la 10.<sup>a</sup> edición, que constituye un sentido recuerdo y homenaje a Palandt, fallecido en el año 1951.

Carlos MELÓN INFANTE

**PERA VERDAGUER, Francisco: "De lo contencioso-administrativo".**  
Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1953; 548 págs.

En este volumen, muy manejable, el autor ha recogido el texto refundido de la Ley de lo Contencioso-administrativo, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1952 y el Reglamento de 22 de junio de 1894.

Al pie de cada artículo de la Ley o del Reglamento el autor inserta la referencia, los diversos preceptos concordantes y un extracto de la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo, a propósito del artículo anotado, hasta el 31 de diciembre de 1951.

Al final del volumen se incluye, aparte del índice de materias, un completísimo índice alfabético que facilita notablemente la búsqueda de los preceptos legales.

J. S. B.

**PONS GURI, J. M., y SANDALINAS FLORENZA, V.: "Constituciones y otros Derechos de Cataluña".** José María Bosch, editor. Barcelona, 1952; 327 págs.

La obra a que se refiere esta reseña contiene, a dos columnas, la reproducción textual de las "Constitucions y Altres Drets de Cathalunya"—según se publicaron en cumplimiento de lo acordado en el capítulo 82 de las Cortes convocadas por Felipe V en Barcelona en el año 1702—y su traducción literal al castellano.

Al pie de cada norma legal se citan las fuentes concretas de "dret comú" a que el texto de la disposición catalana alude en forma imprecisa.

za, insertándose, asimismo, extractos de la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado acerca de los textos transcritos, las concordancias de los diversos preceptos reproducidos entre sí y con las disposiciones posteriores al Decreto de Nueva Planta que las aclaran o modifican parcialmente y una referencia al articulado del proyecto de 1930 de Apéndice Catalán al Código civil.

En el presente volumen se reproducen los textos vigentes, omitiendo las disposiciones que en la actualidad son manifiestamente inaplicables.

En un Apéndice se insertan las disposiciones posteriores al Decreto de Nueva Planta, dictadas especialmente para Cataluña antes de la promulgación del Código civil.

La obra contiene, por último—y además del índice general de materias—, un índice alfabético y un vocabulario bastante amplio que facilita el estudio y la comprensión del texto catalán original.

Es indudable que la obra comentada ha de contribuir a remediar las graves dificultades con que tropezaba hasta ahora el estudioso y el profesional del Derecho para conocer un texto legal de uso tan indispensable como las “Constitucions y altres drets de Cathalunya”, que contienen las normas de preferente aplicación sobre las demás fuentes de Derecho catalán y que eran prácticamente inasequibles.

Es de esperar que los autores completen en breve su meritoria labor publicando los demás textos legales aplicables en Cataluña.

Jaime SANCHEZ BLANCO

REFFINO PEREYRA, Virgilio: “La propiedad horizontal”. Editorial Claridad, Buenos Aires, 1952; 207 págs.

Virgilio Roffino publica una especie de continuación de su anterior obra, publicada en 1947, en la que se intentaba una recopilación de legislaciones extranjeras con el fin de poner de manifiesto las ventajas de la llamada propiedad horizontal, impulsando con ello el reconocimiento legislativo en la Argentina de esta figura jurídica. Este tuvo lugar mediante una ley (núm. 13.512) sancionada el 13 de septiembre de 1948, y ahora el autor vuelve al tema con el propósito de hacer un comentario, que habrá de resultarle de escasísimo interés, sobre el texto legal y disposiciones que le completan, pero no sin antes anteponerle unas consideraciones muy pobres y que revelan desconocimiento de la bibliografía moderna sobre la naturaleza jurídica de la institución, sus ventajas, precedentes nacionales y extranjeros.

F. Javier ALONSO MARTIN

**ROTONDI, Mario:** "Instituciones de Derecho privado". Traducción española de la sexta edición italiana por Francisco F. Villavicencio. Madrid, Barcelona, etc. Editorial Labor, 1953; 679 págs.

Hemos de felicitar sinceramente al profesor de Barcelona don Francisco F. Villavicencio por su decisión de verter al castellano la obra de Rotondi "Istituzioni di Diritto Privato" que, en su idioma original, había alcanzado ya su sexta edición en el año 1951. Dos razones fundamentales hacen que constituya un acierto la traducción "del Rotondi". En primer lugar, se trata en conjunto de un libro de gran valor y muy provechosa lectura y, por otra parte, es poco conocido de los lectores españoles.

Al aparecer en Italia la sexta edición de la obra, ésta fué dada a conocer en este Anuario por el profesor Castro, el cual, en breves palabras, enjuició su significación e importancia (Vid. Anuario de Derecho civil, tomo V, fascículo 2, 1952, páginas 741-742). Conocido ya, pues, para el jurista español el aspecto interno y el valor intrínseco del libro, por nuestra parte no haremos en esta reseña sino destacar algunas de sus características externas o de forma que sirvan de complemento a lo que ya dijo el profesor Castro. En cincuenta lecciones se ofrece una visión elemental, pero de gran utilidad en su conjunto, del Derecho privado italiano. Aunque dirigidas las lecciones al estudiante universitario, la hábil mezcla de la claridad con la profundidad hace de ellas materia apta para ser leídas por juristas "ya hechos"; tendrán en el libro de Rotondi un instrumento auxiliar de excelente calidad cuando quieran dedicarse a esa necesaria y siempre útil tarea de "aprender recordando". Deliberadamente al autor ha dado mayor extensión a las lecciones dedicadas a la que solemos llamar Parte general (Leccs. I a XV), tratando más por encima las Partes especiales. A los Derechos reales dedica las lecciones XVI a XXIV (estudiando la Posesión al final); a las Obligaciones y Contratos (considerados éstos con justificada parquedad), la lecciones XXV a XXXVIII; al Derecho de familia, las lecciones XXXIX a XLV, y al Derecho sucesorio, las lecciones XLVI a XLIX. La lección L estudia, ya con más amplitud, los problemas que plantea la eficacia de la Ley en el tiempo y en el espacio.

Agradecemos al traductor el obsequio de ofrecernos esta pulcra versión castellana de una obra que, en la literatura jurídica italiana, puede considerarse como modelo en su género.

Carlos MELÓN INFANTE

**SALVI, Fernando:** "Il possesso di stato familiare". Giuffré, Ed. Milán, 1952; 180 págs.

Este ensayo del joven profesor de la Universidad de Bolonia viene a colmar una laguna de la literatura jurídica. Su objeto principal es la calificación técnica y dogmática de la posesión de estado familiar, con especial referencia a la posesión de estado de hijo legítimo. Pero el es-

tudio se desarrolla a lo largo de un hilo lógico que desde las teorías de las pruebas conduce a la teoría de la apariencia para terminar en la de la posesión de los derechos.

El problema es analizado por Salvi bajo estos tres distintos ángulos visuales y las conclusiones obtenidas con el resultado de una investigación desenvuelta en tres importantes sectores del conceptualismo jurídico. De ahí que el ensayo se divida en tres partes claramente definidas: la primera dedicada a la posesión de estado en la teoría de las pruebas; la segunda tiene por objeto la posesión de estado en la teoría de la apariencia; por último, la tercera se consagra a la posesión de estado en la teoría de la posesión de los derechos.

Por lo que mira a lo primero, el autor entiende que la teoría de las pruebas no sólo es idónea, y aun extraña a la materia "de qua", sino también insuficiente para definir técnicamente la posesión de estado familiar en sus diversas manifestaciones y en multiplicidad de sus efectos. Para Salvi la posesión de estado se encuadra en la noción técnica de la publicidad "necesaria": es una publicidad a la que compete no sólo declarar a los terceros la presencia en el mundo del Derecho un supuesto de hecho relevante, sino además contribuir a la formación del mismo. Es, pues, noción institucional y, al mismo tiempo, fenómeno corriente.

Tras de examinar detenidamente la posesión de estado en la teoría de la apariencia—y son sin duda alguna estas páginas las más interesantes y decisivas de todo el libro—, Salvi llega al resultado de que la "opinio communis", es decir, la consideración del ambiente social y familiar, juega un papel esencial en el supuesto de hecho "posesión de estado"; sin ese elemento la figura jurídica considerada no se perfecciona ni, por tanto, está en grado de producir ninguna consecuencia relevante para el Derecho. De esta suerte, no parece forzada la alusión—meramente conceptual, sin valor alguno de extensión analógica—, a una vieja máxima que se hace eco de la eficacia constitutiva de la opinión colectiva ("error communis facit ius"). Ahora bien, el autor excluye resueltamente que el juicio de los terceros tenga que ser considerado no obstante la voz aislada de Nuvolone (1) como atributo estructural o funcional de la posesión común (de forma que los elementos constitutivos de ésta sean "corpus + "animus" + apariencia), lo cual le permite dejar sentada una valiosa premisa para la indagación subsiguiente, a saber: la absoluta irreductibilidad de la posesión de estado familiar con la teoría de la posesión de derechos o "iuris quasi possessio".

En efecto, en la tercera y última parte de su brillante estudio—que tal vez sólo pequeño de conceptual—, Salvi razona con toda amplitud la solución negativa del problema acerca de si la posesión de estado se puede o no encuadrar en la noción general de la posesión de derechos, sometiendo para ello a dura crítica la teoría de Finzi.

Por su parte, el autor propone el posible uso del concepto de "situación jurídica", un tanto vago e impreciso, el cual acaso serviría para

(1) *Il possesso nel diritto penale*, Milán, 1942.

definir técnicamente la posesión de estado y para distinguirla, como impone la diversidad de contenido y eficacia, de la posesión común. Pero, en definitiva, dadas las dificultades que la aplicación práctica del concepto de situación jurídica encontraría, acoge la noción de "título de estado", que de acuerdo con el autor, reputamos mejor fundada y provista de más valor concreto.

A los ligeros reparos expuestos al destacar las no pocas excelencias de este estudio monográfico hay únicamente que añadir éste: que Salvi rehuyó tratar, aun sumariamente, del concepto nada específico del "status" en general y del "status familiae" en particular, so pretexto de que este problema ha merecido últimamente la atención de los mejores juristas. Pero lo cierto es que bien se puede disculpar este escamoteo si se tienen en cuenta los propósitos iniciales del autor al señalar los límites de su investigación.

Juan B. JORDANO

Profesor Encargado de Derecho Civil en la  
Universidad de Santiago.

**SANTOS PASTOR, Angel:** "Propietarios, colonos, inquilinos", tomo II, Arrendamientos urbanos, 3.<sup>a</sup> edición. Valladolid, 1953.

Nos hallamos ante el tomo II de esta obra del culto abogado palentino señor Santos Pastor. Su obra alcanza, con ésta, la tercera edición, constantemente mejorada y apreciada por el público que, rápidamente, agota tirada tras tirada.

Estamos ante una obra que pretende poner al alcance de todos las complicadas cuestiones a que da lugar la relación arrendaticia urbana, finalidad plenamente lograda, porque Santos Pastor ofrece, en este volumen de 520 páginas, en primer término, toda la legislación que gobierna esta materia que, si no es tan frondosa como la de arrendamientos rústicos, en cambio es más extensa y al final inserta un repertorio de formularios contractuales y de escritos a las autoridades judiciales y de otro orden y de notificaciones que facilitan grandemente las necesidades del público asiduo de esta clase de libros.

Pero el libro tiene también cerca de cuatrocientas páginas (127 a la 503) de apretada doctrina en la que el autor hace gala de unas dotes expositivas notables, poniendo al alcance de cualquier inteligencia las difíciles cuestiones que entraña la legislación de arrendamientos urbanos.

Trata, en esta parte doctrinal, del ámbito de aplicación de la ley especial, donde se da una sobria explicación del concepto de contrato de arrendamiento, para pasar luego a las excepciones de ciertos arrendamientos urbanos que no se rigen por la ley especial, entre las cuales echamos de menos la relativa a los arrendamientos de cláusulas complejas (S. 29 mayo 1950). Trata después de la irrenunciabilidad de los derechos concedidos por la ley para pasar a establecer la siguiente prelación de fuentes: 1.<sup>o</sup> Ley de Arrendamientos urbanos; 2.<sup>o</sup> Analogía jurí-

dica; 3.º Código civil; 4.º Costumbre del lugar, y 5.º Principios generales de derecho.

Viene luego la materia de subarriendo, arrendamiento de viviendas amuebladas, la cesión de la vivienda, el traspaso del local de negocio, pronunciándose por la embargabilidad del arrendamiento de local de negocio, lo que implica la del traspaso de local de negocio, tan frecuente en la práctica diaria de los tribunales. Muchas páginas ocupa el estudio del tanteo y retracto del inquilino y del arrendatario de local de negocio; la duración de los contratos y la sucesión con el arrendamiento son tema de otro capítulo; en cambio, las excepciones a la prórroga del arrendamiento son objeto de un extenso estudio dividido en dos capítulos. Se ocupa después de la renta, su revisión y de la fianza y de las obras de conservación y mejora para venir a parar a las causas de resolución y de suspensión de los contratos de arrendamiento, materia ésta extensamente tratada, terminando con la consideración de los tribunales competentes, procedimiento y recursos. Como apéndice inserta el Decreto de 6 marzo 1953 y un comentario al mismo.

Este es el contenido del libro, sin pretensiones científicas, como el tomo I, dedicado a los arrendamientos rústicos, pero sin rehuir el tomar partido en cuestiones arduas. Inserta numerosísima jurisprudencia quizá, tanta y tan literalmente reproducida, que hace aparecer, con menor relieve, la interesante aportación personal. No obstante esta copiosa jurisprudencia, clasificada con el sistema de exposición, hace que el libro que nos ocupa sea un buen auxiliar en el bufete de cualquier abogado y una clara fuente informativa para todos, juristas o legos en Derecho.

Ignacio SERRANO  
*Catedrático de Derecho civil.*

SAVATIER, R.: "Manual Juridique des Baux Ruraux", 2<sup>e</sup> édition. Librairie Dalloz, II, rue Soufflot, V<sup>e</sup>, París, 1.952; págs. 343.

Con anterioridad al presente manual, y en su trabajo titulado "Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui", nos había dado el autor una idea amplia y de conjunto sobre el estado en Francia de los arrendamientos rústicos. La materia aparecía en principio reglamentada en un escaso número de artículos del Código de Napoleón, los cuales continúan vigentes aunque su importancia práctica haya desaparecido y en un conjunto de disposiciones reguladoras de diversos tipos de arrendamiento rústico. Todo este ordenamiento se basaba en un omnímodo principio de libertad de contratación llevado hasta el extremo de hacer, casi por entero, normas facultativas las destinadas a reglamentar estos contratos.

De entre la compleja legislación moderna, que Savatier califica de inestable y de ser resultante de momentos políticos diversos, destaca el denominado estatuto de fecha de 17 de octubre de 1945, teniendo muy en cuenta que esta y las demás normas específicas de la materia, que po-

dríamos decir de derecho privado, se coordinan y completan con una variada legislación fiscal y social. Por otra parte, a la legislación de carácter general reguladora de los arrendamientos rústicos, se añade en el ámbito provincial una reglamentación de este tipo que tiene por base, en cada distrito o provincia, una comisión consultiva de arrendamientos rústicos tal como aparece prevista en el citado estatuto. Esta comisión tiene como función esencial, no obstante su título de consultiva, la reglamentaria y sólo respecto de la máxima autoridad del distrito, provincia o departamento desempeña una función de orden consultivo.

El autor se ocupa de los caracteres de esta reciente legislación, haciendo notar, en primer lugar, que la misma regula minuciosa y detalladamente toda la materia propia de los arrendamientos rústicos, no limitándose, como hacia la reglamentación primitiva a señalar unos principios básicos fácilmente aplicables. De otra parte, el carácter de orden público de estas nuevas normas implica la imposibilidad de renunciar a su aplicación en tanto que el derecho por ellas previsto no haya sido adquirido, y asimismo el que en juicio pueda el tribunal aplicarlas de oficio y fuera de las conclusiones de las partes. La libertad de las partes se puede decir desaparecida en los siguientes puntos: En cuanto a los bienes susceptibles de ser arrendados, ya que no puede arrendarse un bien que a su vez haya sido tomado en arriendo, ni, sobre todo, una finca recuperada por el propietario de un arrendatario o aparcero, o un bien comprado que con anterioridad estaba arrendado o dado en aparcería; respecto a la persona del arrendatario, que no podrá ser otro distinto del que lleva a cabo la explotación, estando prohibido el subarriendo; la dirección de la explotación agrícola no puede ser retenida por el propietario en mayor medida de la fijada por los reglamentos locales; en materia de obligaciones del arrendador, éste debe soportar sin que pueda trasladarlas al arrendatario en ningún caso, los impuestos, seguros, gastos de conservación de las construcciones, debiendo destinar a mejoras una parte de la renta y contribuir a ciertos gastos de cultivo, todo ello mediante las oportunas indemnizaciones a los arrendatarios; respecto al arrendatario y sus obligaciones, se prescribe que éste no podrá quedar nunca sujeto al pago de canon alguno sea en especie, sea en prestaciones de trabajo; tratándose de arrendamiento rústico, la renta no se fija libremente y, por el contrario, el estatuto contiene una minuciosa reglamentación de la misma; la duración del arrendamiento no podrá, en general, ser inferior a nueve años, aunque en realidad sea indefinida en vista del derecho de prórroga concedido al arrendatario; se concede un derecho de tanteo al arrendatario y subsidiariamente a todos los profesionales de la agricultura para el caso de que el propietario disponga de su derecho.

Un aspecto interesante, y al que el autor dedica una breve consideración, es el pretendido espíritu corporativo de la moderna legislación francesa de los arrendamientos rústicos. Savatier opina que el mismo se manifiesta en dos sentidos opuestos. Por una parte, cuando se trata de

reglamentar los arrendamientos rústicos y de organizar su jurisdicción, la legislación actual supone, bastante artificialmente, la existencia de una corporación general agrícola donde figurarían propietarios y colonos. Pero, por otra parte, es notorio el exclusivismo de los verdaderos profesionales de la agricultura, explotadores de la tierra, traduciendo bien a las claras ciertas disposiciones una tentativa de extinción de la categoría social de los arrendadores de bienes rústicos, considerados como extraños a la profesión agrícola. De todas formas, la tendencia aparece mal definida, y además haría falta, por otro lado, suprimir el sistema de sucesión hereditaria que puede transmitir bienes del propietario a sus hijos, incluso si éstos no son agricultores profesionales.

Los caracteres de las actuales disposiciones, según afirma el autor, han influido en la naturaleza jurídica del derecho del colono derivante del contrato de arrendamiento rústico. Cita a Planiol qué enseña es sobre todo la explotación, la empresa agrícola, lo que la ley pretende asegurar al colono, y afirma que este derecho, a ser mantenido en la explotación, se traduce para el arrendatario en un derecho sobre las construcciones y tierras que forman parte de la misma, el cual presenta caracteres esenciales que obligan a tratarle como derecho real inmobiliario, lo que no impide que del arrendamiento surjan para el arrendatario también una serie de derechos de crédito que la actual legislación admite y reforza.

Tratadas estas cuestiones en modo preciso y evitando la polémica doctrinal propia de ellas, el autor desarrolla a lo largo de este manual, que por diversos conceptos y en su género pueda considerarse como ejemplar, todo lo relativo a elementos, vicisitudes y conexiones del contrato de arrendamiento rústico según la moderna legislación francesa.

Javier ALONSO MARTIN

VISCO, Antonio: "Le case in locazione nel diritto vigente", quarta edición. Dott. A. Giuffrè, Editore. Milano, 1953; 644 págs.

La legislación italiana en materia de arrendamientos urbanos ha dado lugar a una serie de trabajos por lo más destinados al comentario amplio y detallado de los textos legales. Por el contrario, la presente obra pretende una visión unitaria de la situación actual, para lo cual el autor añade en esta cuarta edición una copiosa y actualizada jurisprudencia.

Las numerosas dificultades con que el intérprete tropieza al tratar de los arrendamientos urbanos derivan, a juicio del autor, de que una relación de derecho privado, confinada originariamente en uno de los capítulos del Código civil, llega a constituir un problema de interés social regulado por una compleja legislación de carácter excepcional. Los principios de derecho común no bastan, a su juicio, para disciplinar la materia y se sustituyen frecuentemente por normas que suponen una abierta desviación de aquéllos.

El tratado ha tenido en Italia una indiscutible fortuna porque el sis-

tema seguido por Visco consiste en el análisis profundo de los casos prácticos tal como se plantean en la realidad para deducir de ellos un conjunto de principios básicos aplicables a toda la materia.

La obra aparece distribuida en trece extensos capítulos, en los que se desarrolla todo lo relativo a la naturaleza jurídica distintiva del contrato de arrendamiento de fincas urbanas, formación y requisitos del mismo, forma y garantía requeridas, duración del contrato según se trate de régimen normal o de régimen de vinculación, la renta en ambas hipótesis, obligaciones y responsabilidad del arrendador, obligaciones del inquilino, toda la gama de posibles vicisitudes del contrato, extinción y sus causas, subarriendo y, finalmente, todo lo relativo al arrendamiento de empresas, habitaciones amuebladas y procedimiento de desahucio en general viene expuesto en los dos últimos capítulos.

El trabajo, como se ve, pretende la comprensión de toda la materia de los arrendamientos urbanos, así como el encuadramiento de la especial legislación vinculadora en aquella común. Por otra parte, contiene un detenido estudio de todas las cuestiones de procedimiento como integración necesaria del derecho sustancial.

Javier ALONSO MARTIN

# REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELÓN INFANTE

## I. DERECHO CIVIL

### 1. Parte general.

ARGÜELLO, Isauro P.: *Personalidad y obra de Juan P. Niboyet*.—Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires), VIII, 32, enero-abril, 1953; págs. 173-187.

Texto escrito de una conferencia en homenaje al jurisconsulto francés en el que se pone de manifiesto su laboriosidad extraordinaria, su fecunda producción científica y la defensa apasionada de sus convicciones. Se exponen aquellas de sus concepciones jurídicas más relevantes, terminando con un análisis crítico de su obra.

GOLDSCHMIDT, Werner: *Iusnaturalismo contra positivismo jurídico*.—Revista General de Derecho. Valencia. Año IX, núms. 106-107, julio-agosto, 1953; págs. 349-355.

Interesantes argumentaciones en torno a la radical e indiscutible insuficiencia del Derecho positivo. El arranque del positivismo jurídico se halla para el autor en dos formas adulteradas del iusnaturalismo: el iusnaturalismo racionalista (Christian Wolff) y el iusnaturalismo de la Escuela Histórica. Estas tendencias nos dice, prepararon el camino al positivismo. La insuficiencia del Derecho positivo se muestra tanto en un Derecho positivo real y vivido como en Derecho positivo ideal que careciese de lagunas. Consideraciones sobre ambas hipótesis.

LAPEYRE, André: *Intervención del Estado en los contratos y en la vida económica*.—Revista Internacional del Notariado, octubre-diciembre, 1952; págs. 292 a 320.

El Derecho privado y el Derecho público son dos técnicas diferentes que el Estado emplea como instrumentos para el cumplimiento de su política. El mundo moderno se caracteriza por un predominio de la técnica iuspublicística que ha producido, al irrumpir en dominios hasta entonces reservados al Derecho privado, unos fenómenos peculiares que el autor va examinando: la confusión de las dos técnicas, la utilización de ciertas instituciones para fines distintos del impuesto por su naturaleza, la transformación súbita de situaciones legalmente adquiridas, la proliferación de textos legales. Todos ellos producen en el campo de lo jurídico consecuencias perniciosas: disminución del predominio del derecho, falta de respeto a las reglas de equidad, nacimiento de bienes ficticios,

disminución de la productividad. Estudia el origen histórico de estos fenómenos y la intervención de los juristas en su superación. Da, finalmente, unas soluciones concretas, basadas en la teoría del "interés privado".

**MOSSA, Lorenzo:** *Di un Diritto Privato dell'Europa*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economía, Diritto Sociale. Pisa, volumen VI, fascículo 1-4, 1953; págs. 1-7.

El problema del Derecho de Europa es, en el fondo, el problema mismo de la Europa unida. Señala Mossa cómo ha existido un D. Europeo y cómo la Recepción ha dado al Continente... no sólo un Derecho unido, sino un espíritu de unidad que permanece indestructible cuando la codificación se adueña del panorama jurídico.

Hoy la unidad del Derecho sólo puede arrancar de la base del D. Natural. Se refiere el autor a cómo puede resultar ensombrecida esta idea por los modernos imperialismos o por las codificaciones. Con respecto a éstas señala su verdadero significado, manifestando que "unidad" no significa renuncia a los Códigos nacionales; es en la comunidad de éstos donde debe surgir un D. unido y libre. La existencia de un Código único es irrealizable. Por ello, afirma, la unidad del D. privado de Europa estriba en la identidad de su espíritu y no en la mecánica identidad de su ordenación.

**NÚÑEZ LAGOS, Rafael:** *Los estudios de Derecho*.—Revista de Educación. Madrid. Junio, 1953; págs. 253 a 256.

Prosecución de la polémica en torno a la orientación universitaria de los estudios de Derecho, en la que se propugna una firme preparación conceptual como base para la feliz comprensión de los preceptos y la realización práctica del derecho.

**POTOTSCHNIG, Umberto:** *Atti amministrativi e "affievolimento" di diritti soggettivi*.—Ius. Milán. Junio, 1953; págs. 220 a 248.

El autor se opone a la afirmación de que la autoridad administrativa pueda invalidar derechos subjetivos. En el caso concreto de la expropiación forzosa el propietario del bien es titular de un derecho subjetivo alternativo al bien propio o a la justa indemnización y de una acción para pedir la nulidad del acto administrativo cuando sea ilegítimo.

**SALVIOLE, Gabriele:** *Sulle norme interne di Diritto internazionale privato*. Ius. Milán. Junio, 1953; págs. 159 a 164.

Ánalisis de las diferentes teorías formuladas para explicar la naturaleza de las normas de Derecho internacional privado. El autor concluye afirmando que se trata de reglas formales de remisión y aplicación de leyes nacionales y extranjeras en el espacio, indispensable en base al principio de respeto mutuo a la soberanía de los Estados.

**SOLA CAÑIZARES, Felipe:** *Los estudios de Derecho comparado.*—Revista de Derecho Privado. Madrid. Año XXXVII, núms. 436-437, julio-agosto 1953; págs. 609-625.

Después de indicar que la esencia del llamado "D. comparado" estriba en la comparación de sistemas jurídicos distintos, se refiere a la evolución histórica del mismo en los distintos países, distinguiendo entre sus cultivadores los "precursores", los "iniciadores" y los "comparatistas". Fíjase después en las distintas misiones parcialistas que se han señalado al D. comparado, hoy superadas por la idea de lo múltiple de su finalidad. Contempla la evolución en España, y tras una amplia información bibliográfica y la organización de los estudios comparados sugiere su futura organización en España.

## 2. Derecho de la persona.

**ASCARELLI, Tullio:** *Riflessioni in tema de consorci, mutue, associazioni e società.*—Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile. Año VII, núm. 2, junio 1953; págs. 327 a 360.

Las diferencias y el encuadramiento jurídico de estas formas de personalidad en el Derecho italiano se buscan a través de sus elementos y sus fines.

**LOZANO SERRALTA, M.:** *La nacionalidad de la mujer casada.*—Información Jurídica. Madrid. Núm. 121, junio 1953; págs. 567-593.

El autor ofrece un estudio de conjunto, muy completo, de los distintos aspectos de interés jurídico que plantea la cuestión de la nacionalidad de la mujer casada. Comienza con alusiones al D. histórico y comparado para luego centrar el problema en el terreno de "lege ferenda", fijándose en el sistema que permite conservar su nacionalidad a la esposa y en el que impone la unidad de nacionalidad en la familia. En el ámbito de nuestro Derecho positivo estudia seguidamente: adquisición de la nacionalidad española por matrimonio, perdida, española que casa con extranjero sin adquirir su nacionalidad (no pierde la española), recuperación de la nacionalidad disuelto el matrimonio (estudio y sentido de la expresión "disuelto el matrimonio"), conservación por la mujer de origen extranjero, cambio de nacionalidad del marido, ídem de la mujer (efectos sobre los hijos). Abundantes citas a la doctrina de la Dirección.

**SAYAGUES LASO, Enrique:** *La protección internacional de los derechos humanos.*—Revista del Foro. Lima. Año XL, núm. 1, enero-abril 1953; págs. 80-96.

Ante la llamada "Declaración Universal de los Derechos del Hombre", votada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el autor hace un bosquejo de la gestación de la "Declaración" y de los intentos de las naciones

para que pueda llegar a tener eficacia en los distintos Estados. Habrían de adoptarse para ello medidas legislativas, judiciales y administrativas, todas ellas de carácter interno.

### 3. Derechos reales.

BIENZOBAS, Jesús: *Acerca de la prescripción adquisitiva*.—Revista del Notariado. Buenos Aires. Año LV, núm. 607, enero-febrero 1953; páginas 5-12.

Ligeras consideraciones en torno a la distinción entre mera detención de fincas y verdadera posesión de las mismas con eficacia para la prescripción adquisitiva.

CASANOVA, Mario: *Sulla Pretesa imitazione servile di secondo grado*—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale, VI, 1953, 5-8; págs. 103 a 104.

Imitador de segundo grado es el que copia servilmente un producto de otro que a su vez lo ha imitado de un tercero, productor originario. La doctrina italiana aisla la figura de este plagiario, y al obtener las consecuencias de disección concede al imitador de primer grado la acción de concurrencia descal contra el de segundo, privando de ella, en cambio, al productor originario. El autor se opone a esta conclusión considerando que existe tan sólo una pluralidad de imitaciones, más o menos distanciadas en el tiempo, mediatas o inmediatas en el modelo.

DISTASO, Nicola: *Diritto reale, servitù e obligazione "propter rem"*.—Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile. Año VII, núm. 2, junio 1953; págs. 437 a 475.

El problema se ataca a través de un planteamiento a fondo de la naturaleza del derecho real, que viene a resolverse según un concepto obligacionista de base normativista. La esencia del derecho real está en la obligación de no interferencia que la ley impone a la generalidad. Lo demás, el ejercicio del poder inmediato sobre la cosa, no es un problema de naturaleza jurídica, sino de aprovechamiento económico y, por tanto, forma parte del contenido extrajurídico del derecho. En este sentido no se opone al derecho real el que pueda consistir en un *facere y*, en consecuencia, que surjan obligaciones *propter rem*, siempre que el aprovechamiento económico lo exija. Pero como la servidumbre sólo puede consistir en un *pati o non facere*, se deduce que, aparte de las servidumbres, existen unos derechos reales resueltos en obligaciones *propter rem*, que hay que delimitar y tipificar dentro de los caracteres que a cada uno la ley concede.

EICHLER, Hermann: *La struttura del diritto di proprietà*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale, VI, 1953, 5-8; págs. 121 a 138.

Preocupa a la doctrina el hallazgo de unos caracteres que individualicen al derecho de propiedad de los demás derechos subjetivos y, concretamente, de los derechos reales y, por otra parte, que sea lo suficientemente general para abarcar en su noción todas formas de propiedad existentes y todas las circunstancias internas y externas que la modifican. En este trabajo se señalan como tales las llamadas competencia y coordinación. A través de las cuales se puede dar una visión general de los derechos y pretensiones del propietario. Hecho esto se ensaya bajo estas mismas líneas el trazado de las diferentes formas de propiedad: propiedad singular, propiedad en mano común, copropiedad y, especialmente, la llamada "propiedad de habitación" en que la ley alemana de 15 de marzo de 1951 ha estructurado la propiedad horizontal como una copropiedad del edificio con el privilegio para cada copropietario de ocupar una determinada habitación.

MEDINA PÉREZ, Pedro Ismael: *Los autores de la obra cinematográfica y la propiedad intelectual*.—Información Jurídica. Madrid. Núm. 120, mayo 1953; págs. 469-491.

Dentro de los creadores de la película considérase como autor principal al productor al que hay que añadir una numerosa lista de coautores (argumentista, guionista, dialoguista, escenógrafo, autores del sonido, director, operador, montador, etc.). Con respecto a los actores, no procede su consideración de autores. ¿Todos los colaboradores en una película son coautores o existe un titular único que concentra en sí el derecho de autor? Precisa distinguir el aspecto moral del patrimonial; en éste, sólo el productor es autor. Termina el trabajo con consideraciones sobre el D. español (cuestiones de propiedad intelectual e industrial) y sobre el Registro de películas.

PÉREZ VICENTE, Santiago: *Dominio y arrendamiento urbano*.—Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Junio 1953; págs. 409 a 430.

Ante la corriente reformista de la Ley de Arrendamientos Urbanos se ponderan las dos instituciones claves en la relación arrendaticia: la propiedad y el contrato de arrendamiento. La primera sólo tiene explicación en una concepción solidarista equidistante de la idea del derecho absoluto y de la mera función social. El segundo hay que recorocerlo técnicamente como un fracaso en el sistema del Derecho privado.

REQUENA, Pedro S.: *La Ley de concentración parcelaria*.—Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Junio 1953; págs. 431 a 445.

Breve enumeración sistemática de los problemas de aplicación que plantea la Ley de 20 de diciembre de 1952.

SIVORI, Alfredo R.: *La naturaleza jurídica de la propiedad por pisos o departamentos*.—Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, Año VIII, núm. 82, enero-abril 1953; págs. 39 a 60.

Estudia sucintamente los precedentes legislativos de la propiedad horizontal. Rechaza las diferentes teorías existentes en torno a su naturaleza jurídica. Termina defendiendo la teoría de la propiedad singular del piso y la copropiedad de los elementos comunes.

THORNELEY, J. W. A.: *Transfer of choses in possession between members of a common household*.—The Cambridge Law Journal. Vol. 11, núm. 8, 1953; págs. 355-376.

Estudia las dificultades que ofrece la transferencia de la posesión de una cosa mueble o conjunto de ellas (mobilario, vajilla, corretela y caballo, etc.) entre personas que conviven en un mismo hogar cuando dicha cosa o cosas por su tamaño o cantidad no es susceptible de transferencia manual inmediata; lo que especialmente importa resolver en casos de ejecución o quiebra. No obstante el peculiar planteamiento de las cuestiones, conforme al Derecho inglés, el artículo tiene bastante interés, dada la curiosa casuística examinada: tipo de negocio (venta, donación, depósito, prenda) y relación entre las partes (marido y mujer, hijo político y suegra, concubinos, padre e hijo, amigos, dueño y sirviente; incluso el supuesto cambio de situación; ama de llaves que se casa con el dueño). También pueden leerse con utilidad las referencias al concepto de posesión y entrega y al juego del principio (fórmula contraria al art. 464 Código civil) de "la posesión sigue al título" ("possession follows title").

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento*.—Revista de Derecho Privado. Madrid. Año XXXVII, núm. 435, junio 1953; págs. 493-540.

Comienza el autor con consideraciones sobre los inconvenientes de la prenda normal y afirma que para la solución ponderada de los problemas que plantea la no desplazada hay que valorar y apreciar la pugna entre el interés del acreedor y el del posterior adquirente de la cosa (lucha de intereses dinámicos). Al considerar la distinta aptitud de los bienes como objetos de garantía, examina la decadencia de la distinción entre muebles e inmuebles, afirma, siguiendo a Arias Ramos, que en el D. romano ni la naturaleza de la cosa ni la existencia o no de desplazamiento eran circunstancias cualificadoras de la prenda o la hipoteca. Posteriormente la distinción se centró en la clase de cosa y después en la existencia o inexistencia del desplazamiento posesorio; la hipoteca mobiliaria se va imponiendo y con ello la clasificación de los bienes en registrables y no registrables va desplazando a la vieja de muebles e inmuebles. Después de señalar la esencia de la hipoteca se enfrenta con las cuestiones que plantea en su versión mobiliaria. Como no todos los muebles son susceptibles de una perfecta publicidad registral, examina las fórmulas propuestas para dar

eficacia a las garantías mobiliarias no desplazadas (depósitos en poder del propio deudor—acompañado de signos o marcas, del criterio del *status loci* o de la inscripción en registros—, creación de la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento propiamente dicha, o ver en la garantía un privilegio singular convencional). Se enfrenta después con el problema de la reipersecutoriedad y eficacia real de la garantía, analizando los criterios propuestos y llegando a concluir que la prenda sin desplazamiento no es oponible a terceros adquirentes de buena fe. Cuando los inmuebles no son susceptibles de perfecta identificación registral la garantía deviene en privilegio mobiliario meramente convencional asegurador sólo de una prelación crediticia. Por ello, en plano teleológico, no deben admitirse con gran amplitud las garantías mobiliarias sin desplazamiento (examen del D. comparado y español).

Después de aludir a la prenda con desplazamiento en poder de tercero, se refiere al Registro (de Hip. mob. y de P. s. d.) y a la cuestión de la cesión tanto del crédito como de los bienes.

ZSCHACKE, Doctor: *Der Anspruch auf Genehmigung der Zweckentfremdung von Wohnraum*.—Neue Juristische Wochenschrift. Munich y Berlín. Año VI, cuaderno 6, 6 febrero 1953; págs. 208-210.

Ante el creciente número de solicitudes de aprobación del cambio de destino de locales habitables en locales industriales, el autor examina como premisa inicial que ha de entenderse por "Wohnraum" (local habitable, habitación) a los efectos de este cambio de destino: a) Los locales construidos como locales habitables y que como tales han sido interrumpidos o que después de una dedicación a fines industriales han vuelto a ser utilizados como locales habitables por la voluntad duradera del titular o por disposición de la autoridad. b) Los que han sido establecidos como locales de industria, pero después han sido dedicados a fines de habitación.

#### 4. Obligaciones y contratos.

ANDREOLI, Giuseppe: *Note critiche in tema de subingresso ex art. 1.259 C. c.* Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civil. Año VII, núm. 2, junio 1953; págs. 421-436.

Delimitación del derecho concedido por el artículo 1.259 del Código civil italiano de 1942 de otras figuras jurídicas afines, principalmente de la acción subrogatoria y de la cesión obligatoria de derechos. Eliminadas otras teorías, el autor considera que este artículo concede un derecho potestativo del acreedor para adquirir automáticamente el derecho del deudor, liberado de la prestación originaria por imposibilidad no imputable a una indemnización procedente de un tercero.

BLEI, Hermann: *Breschränktes Aufrechnungsgesetz des mieters*.—Neue Juristische Wochenschrift. Munich y Berlín. Año VI, cuaderno 6, 6 febrero 1953; págs. 211-212.

Breves consideraciones del autor sobre la cuestión de si el arrendatario puede satisfacerse, por compensación con la renta, de los créditos que le corresponden a causa de reparaciones de daños de guerra por él emprendidas.

CARRESI, Franco: *Concetto e natura giuridica della transazione: I. Il concetto*.—Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile. Año VII, número 2, junio 1953; págs. 361-420.

En una exploración meticolosa de las ideas que cristalizan en la definición del autor, se caracteriza a la transacción como un negocio jurídico declarativo que delimita la certeza de una situación jurídica controvertida.

CASAS MARTÍNEZ, A.: *La resolución de convivencia*.—Revista de Derecho Privado. Madrid. Año XXXVII, núm. 435, junio 1953; págs. 540-545.

Refiriéndose el autor a la figura de la "convivencia", sancionada por el Decreto-ley de 30-XII-44 y recogida por el artículo 27 de la L. A. U., examina la cuestión de si es o no prorrogable la existente antes de la entrada en vigor de dicha L. A. U. (con respecto a la posterior a la Ley su improrrogabilidad es indudable). A juicio del autor, la respuesta negativa se impone, no sólo por las razones especialísimas que se dan en esta figura (alude también a la cuestión de sus analogías y diferencias con el subarriendo) sino por lo dispuesto terminantemente en el párrafo segundo de la Disposición transitoria séptima.

DEVEALI, Gabriela: *El trabajo de la mujer en la época moderna*.—Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. Año VIII, núm. 32, enero-abril 1953; págs. 61-86.

Enumeración de problemas económicos, sociales, demográficos, fisiológicos y psicológicos que exigen una reglamentación legal adecuada a las peculiaridades argentinas. Exposición de lo ya legislado en la Constitución y el Código civil, que debe desenvolverse en leyes especiales.

DIETZ, Rolf: *Il contratto collettivo di lavoro tedesco*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale. Año VI, 1953, núms. 5-8; págs. 157-167.

Los contratos colectivos de trabajo tuvieron trabajo meramente privado en Alemania hasta que la Ley de 23 de diciembre de 1918 les dió categoría de derecho objetivo. El nacionalsocialismo reemplazó los contratos colectivos por los

decretos de trabajo promulgados por los Comisarios del trabajo. En 1945 desaparecen estos funcionarios y reaparecen los contratos colectivos, que en 1949 se regulan por una ley uniforme en las zonas americana y británica, y en 22 de abril de 1953 se generaliza la ley a todos los países de la República federal. El examen de los elementos personales y formales, del contenido de los contratos, de su naturaleza jurídica, de su obligatoriedad y de los procedimientos extrajudiciales que prevé la ley para la solución de los conflictos que nazcan de su aplicación constituyen la segunda parte del trabajo.

DÖLLE, Hans: *Sull'unificazione della disciplina della compravendita*.— Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale. Volumen VI, fascículo 1-4, 1953; págs. 20-30.

Alude a las vicisitudes del proyecto de reglamentación uniforme de la compraventa, refiriéndose a su objeto y finalidad, y destacando las ventajas que derivarían de su conversión en ley.

El proyecto se ocupa sólo de la compraventa en el plano internacional, por lo cual es preciso determinar cuándo se da la internacionalidad (criterio subjetivo y objetivo). Las lagunas han de llenarse con las disposiciones de la ley, las cuales tienen carácter dispositivo.

Destaca a continuación algunos de los aspectos más destacados del proyecto: entrega de la cosa, vicios, resolución del contrato, daños, liberación de ciertas obligaciones.

FUENTES LOJO, Juan V.: *Algunos problemas que puede plantear el Decreto de 6 de marzo último sobre aumentos de renta y continuación en el arrendamiento*.—Revista General de Derecho. Valencia. Año IX, números 106-107, julio-agosto 1953; página 359-361.

Consideraciones sobre algunas cuestiones prácticas que puede plantear el Decreto de 6 de marzo de 1953 en su aplicación (arts. 1.º, 4.º, 5.º). Se trata casi de una mera enunciación.

GEERTH ARRAS, Doctor: *Streikrecht und Arbeitsvertrag*.—Neue Juristische Wochenschrift. Munich y Berlín. Año VI, cuaderno 7, 13 febrero 1953; páginas 241-243.

Ofrece el autor algunas consideraciones sobre la influencia que en el contrato de trabajo pueda tener la huelga como "medio lícito de lucha". Se refiere al concepto del "derecho de huelga" (no recogido expresamente en la Constitución y sí en el Proyecto), a los remedios del empresario contra los huelguistas (nuevo salario, denuncia, indemnización), a los procedimientos prohibidos en la huelga y sus posibles consecuencias jurídicas, al problema de los trabajadores no huelguistas, etc.

HAVER, Doctor: *Die Abwicklung der Waren-und Geldkredite aus der Kriegszeit*.—*Neue Juristische Wochenschrift*. Año VI, cuaderno 8, 27 febrero 1953; págs. 322-325.

Ofrece el autor algunas consideraciones de interés sobre la liquidación de créditos de mercancías y de dinero derivados del tiempo de guerra.

KLAUSS, Doctor H. K.: *Finanzierungsverträge und Abzahlungsgesetz*.—*Neue Juristische Wochenschrift*. Munich y Berlín. Año VI, cuaderno 1, 2 enero 1953; págs. 6-9.

La ley reguladora de la venta a plazos de 16 de mayo de 1894 dictada principalmente como medio de protección al comprador débil y poco experimentado resulta hoy en muchos aspectos inservible y entorpecedora para los negocios jurídicos de este tipo. Examina el autor algunos rasgos del mecanismo de tales negocios e indica las dificultades que la citada Ley puede originar, especialmente por la ya casi indispensable actividad de las entidades bancarias en tales operaciones. Se fija en la jurisprudencia.

KORN, Hans: *Vertragstreue und Vertragshilfe*.—*Monatschrift für Deutsches Recht*. Hamburgo. Año VII, cuaderno 9, septiembre 1953; páginas 527-530.

La institución de la "Vertragshilfe" (ayuda contractual) judicial como medio de adaptar el cumplimiento de ciertas prestaciones a las circunstancias ha sido revisada por el legislador ante las exigencias de la nueva realidad. Alude el autor a la Ordenanza de 30-XI-1939, reguladora de la institución, a la nueva Ley de 26-III-1952 y a alguna otra disposición. Afirma que la "ayuda contractual" no está en contradicción con la "confianza contractual" y que al propio tiempo puede suponer un medio eficaz para la adaptación de las relaciones obligatorias a las nuevas circunstancias, distintas de las que sirvieron de base al negocio jurídico.

LATOURE BROTONS, Juan: *Notas sobre la dación en pago*.—*Revista de Derecho Privado*. Madrid. Año XXXVII, núm. 436-437, julio-agosto 1953; páginas 625-638.

Ante la escasa atención que la dación en pago ha merecido en nuestra doctrina, el autor ofrece unas notas sobre ella para facilitar estudios posteriores. Comienza refiriéndose a los sistemas legislativos (germánico y latino) y al concepto amplio y estricto de la institución (en base al art. 1.849 el C. c. español encaja a su juicio en el primero). Después de examinar su naturaleza jurídica (simple modalidad de pago) y de unas aclaraciones terminológicas, termina refiriéndose a los requisitos (preexistencia de una obligación, prestación "animo solvendi", capacidad de las partes, consentimiento, "aliud pro alio") y a sus ca-

racteres y efectos (medio de cumplimiento voluntario, extingue la obligación, la fianza, transfiere onerosamente la propiedad de cosa o derecho, no requiere insolvencia ni valoración de bienes).

LAWSON, F. H.: *La razionalità del Diritto inglese. II. Il contratto*.—Ius. Milán. Junio 1953; págs. 169-186.

Siguiendo un método comparativo con el Derecho continental se subrayan las principales características del Derecho contractual inglés. La *consideration*, la sucesiva configuración de una teoría general de los contratos, aun menos desenvuelta que en el Derecho de base romanística, las ideas sobre interpretación, la influencia de la *equity* en general y en la introducción de vicios del consentimiento desconocidos o no diferenciados por nosotros.

LEWALD, Paul: *Zur Rechtslage des Mieters nach Aufhebung des Mietverhältnisses wegen Eigensbedarfs*.—Neue Juristische Wochenschrift. Munich y Berlín. Año VI, cuaderno 6, 6 febrero 1953; págs. 212-213.

Ligeras consideraciones en torno a la cuestión siguiente: ¿Puede el arrendatario, después de invalidada la relación arrendataria por "propia necesidad" del arrendador, exigir la reposición de la relación por vía de ejecución forzosa si la "propia necesidad" ha cesado? En tanto no consiga esto, el arrendatario, dice el autor, tendrá que ampararse en los medios de protección que el Derecho concede en general: revisión del proceso en que se dictó la sentencia que resolvió la relación, indemnización de daños, ayuda de las autoridades de la vivienda.

MARTÍN RETORTILLO, Cirilo: *Responsabilidad del mandato por no ajustarse a las instrucciones del mandante*.—Revista de Derecho Privado. Madrid. Año XXXVII, núm. 438, septiembre 1953; págs. 732-736.

Ante la parquedad de la regulación en el C. c. el autor ofrece algunas indicaciones sobre cómo ha de actuar el mandatario para no incurrir en responsabilidad (árt. 1.714, 1.715, 1.718). Comenta la expresión "instrucciones del mandante", y propugna un criterio subjetivo (de conducta más que de resultado) para calificar la actuación del mandatario.

MONTERO PALACIOS, Francisco: *El no uso como causa de desahucio en la Ley de Arrendamientos urbanos*.—Revista de Derecho Privado. Madrid. Año XXXVII, núm. 435, junio 1953; págs. 568-570.

El uso de la cosa arrendada es "facultad" y no "obligación" para el arrendatario. Por tanto, ni en el sistema del C. c. ni en el de la L. A. U. el "no uso" por sí solo puede ser causa de resolución del arrendamiento o de desahucio.

cio. Podrá llegar a serlo si de él deriva un daño para la cosa; pero en tal supuesto la causa de resolución o de desahucio, más que el no uso es su consecuencia: el daño (que en la L. A. U. ha de ser doloso, cfr. art. 149, causa 5.º).

OELTZE: *Zur Durchsetzbarkeit des 10 % igen Mietzuschlages für Altbauwohnungen*. — Neue Juristische Wochenschrift. Munich y Berlin. Año VI, cuaderno 2, 9 enero 1953; págs. 46-48.

Recientes disposiciones alemanas han establecido una subida en los alquileres de viviendas y planteado algunas difíciles cuestiones en su aplicación práctica. El autor se fija en la forma de aplicar el aumento, a través del asentimiento del arrendatario, en la modificación que esto pueda suponer en el contrato y en la posible resolución o denuncia del mismo que al concederse al arrendador, si el arrendatario no asiente al aumento, es un medio para imponer éste por fuerza ante la innegable escasez de viviendas.

REBULLIDA, Oswaldo F.: *Sugerencias para un Estatuto del actor teatral*. La Ley. Buenos Aires. Tomo 71, 1 septiembre 1953; págs. 1-5.

Análisis de los principales aspectos del contrato que une al empresario con el actor, en base al convenio número 69 de 21 de marzo de 1951 suscrito por la Asociación de Promotores Teatrales Argentinos y la Asociación Gremial Argentina de Actores (transcripción de sus normas). El autor destaca especialmente la precaria situación del actor modesto y propone remediar tal estado de cosas.

SCHACK, Friedrich: *Entschädigung bei "legislativem Unrecht"*.—Monatschrift für Deutsches Recht. Hamburgo. Año VII, cuaderno 9, septiembre 1953; págs. 514-518.

Ante una sentencia reciente del *Landsgericht* de Friburgo, examina el autor algunos de los aspectos del problema de la obligación de indemnización del Estado si alguien ha sufrido un daño por una conducta antijurídica del Poder legislativo. Señala el ámbito y esencia del "agravio legislativo", las posiciones contrapuestas en torno al particular, la existencia y ausencia de culpa, la cuestión de si ha de indemnizar un órgano superestatal, etc., etc...

SYRO, Samuel: *La responsabilidad civil por la ejecución de contratos afectados de nulidad o de inexistencia*.—Derecho (Revista del Colegio de Abogados). Medellín (Colombia). Años XXV y XXVI, tomo IX, 1951 y 1952, núms. 77 y 78; pág. 309-329.

Comienza distinguiendo entre sanciones preventivas y represivas, colocando como supuestos de las últimas la inexistencia, las nulidades (absoluta y relativa) y la responsabilidad civil. Estudia, con referencia al Derecho colombiano, la diferencia entre inexistencia, nulidad absoluta y relativa, e insubstancialidad de un

acto, aludiendo a la responsabilidad civil que puede derivarse de estas figuras, e indicando cómo la citada responsabilidad tiene carácter eminentemente extra-contractual. Distingue después entre responsabilidad recíproca de los contratantes y responsabilidad de uno solo de ellos, tanto en el caso de nulidad absoluta como relativa.

TIETZ, Edwin R.: *Mietpreisrecht und laufende Verträge*.—Neue Juristische Wochenschrift. Munich y Berlín. Año VI, cuaderno 6, 6 febrero 1953; págs. 203-208.

Mas con una finalidad práctica, el autor analiza algunas de las cuestiones provocadas por la elevación del precio en los arrendamientos, especialmente en su relación con los contratos ya en curso: momento de la entrada en vigor de la elevación, posición del arrendatario, formación de la nueva relación contractual, posición del arrendador, etc. Critica algunas de las soluciones propuestas por la doctrina o la Jurisprudencia.

WILBURG, Walter: *Alcuni principi del diritto austriaco delle obligazioni*.—Nuova Rivista de Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale, VI, 1953, 5-8; págs. 142-145.

Recorrido empírico de las más importantes disposiciones del Código austriaco, informadas por el principio del resarcimiento del daño como consecuencia general de la responsabilidad culposa y como consecuencia excepcional y concreta de la responsabilidad sin culpa.

WOLF, Ernst: *Zum Rücktritt des Käufers einer gestohlenen Sache*.—Neue Juristische Wochenschrift. Munich y Berlín. Año VI, cuaderno 5, 30 enero 1953; págs. 164-167.

El comprador de una cosa robada no adquiere la propiedad de la misma por aplicación del parágrafo 935 B. G. B. Sus derechos derivarán, según los casos, de los parágrafos 325 y 326. Examina el autor la relación de éstos con el 440, la cuestión de la imposibilidad de cumplimiento por el vendedor, la forma y si procede la resolución por el comprador, los supuestos de devolución de la cosa al vendedor o al propietario, la exclusión de la resolución si daña la cosa "con culpa", los presupuestos de aplicación del parágrafo 325 o sólo del 326 (indemnización por no cumplimiento).

##### 5. Derecho de familia.

BARGALLO CIRIO, Jorge E.: *Derecho del cónyuge supérstite de optar por la indivisión de ciertos bienes gananciales. Reformas a la Legislación vigente*.—La Ley. Buenos Aires. Tomo 71, 18 julio 1953; págs. 1-2.

Ante la injusticia que en ocasiones puede suponer para el cónyuge supérstite la división de la herencia y consiguiente liquidación de los gananciales en base

artículo 3.452 del Código civil argentino, el autor propone ciertas modificaciones, tendentes a mantener en algunos casos la indivisión. Así se ha hecho en Leyes de otros países.

BERGMANN, Dr.: *Zur Gleichberechtigung von Mann und Frau*.—*Neue Juristische Wochenschrift*. Munich y Berlín. Año VI, cuaderno 4, 23 enero 1953; págs. 130-131.

El proyecto de Ley sobre la equiparación de marido y mujer que, conforme al artículo 3.º de la Constitución de Bonn, tiene que otorgar iguales derechos a ambos cónyuges, se ocupa de la solución a adoptar si dichos cónyuges en alguna materia no pueden ponerse de acuerdo. El autor transcribe y examina la redacción dada en el Proyecto a los párrafos 1.354, 1.627 y 1.628 del B. G. B. El marido sigue siendo en cierto modo cabeza de familia. Ha de oír a la mujer para tomar decisiones y en materia de patria potestad al decidir ha de tomar en cuenta los puntos de vista de su esposa.

BRUNS, H. J.: *Das Verlöbnis des Heiratsschwindlers im Zivil-, Straf- und Prozessrecht*.—*Monatsschrift für Deutsches Recht*. Hamburgo. Año VII, cuaderno 8, agosto 1953; págs. 458-460.

Ante la afirmación del B. G. B. de que el concepto de "Verlöbnis" (esposales, latu sensu) a la vista del parágrafo 52, II, del Código penal, ha de determinarse no según puntos de vista civiles, sino penales, el autor indica una doble consecuencia de tal afirmación: a) El Derecho penal puede reconocer la existencia de esposales donde sea negada por el Código civil. b) Puede negar su existencia donde el Derecho civil la reconozca. Ofrece luego algunas sugerencias sobre este concepto jurídico-penal de los esposales (ya propugnado anteriormente) en relación con el "Heiratsschwindler" ("timador matrimonial") y la novia víctima del engaño.

HOFFMANN, Edgar: *Aenderungsvorschläge zu den ehrerechtlichen Bestimmungen des geplanten Familienrechtsgesetzes*.—*Neue Juristische Wochenschrift*. Munich y Berlín. Año VI, cuaderno 4, 23 enero 1953; páginas 127-130.

El proyecto de Ley sobre el Derecho de familia, actualmente sometido a la consideración del Bundestag, contiene, además de la equiparación de la mujer al marido, algunas propuestas de reforma a la Ley de matrimonio de 1946 (y al B. G. B.). Estima el autor injustificadas tales propuestas y analiza en qué consisten: a) Introducción en el B. G. B. de un parágrafo 1.361, b sobre la cesión del "Hansrat" (menaje o equipo doméstico) en caso de vida separada de los cónyuges. b) Nueva redacción del parágrafo 1.571 sobre la invalidación de la comunidad doméstica. c) Nueva redacción del 1.576 referente la declaración de culpa en caso de divorcio. d) Nueva redacción del 1.671 sobre patria

potestad después del divorcio. Las propuestas de reforma se adoptan pensando en la refundición en el B. G. B. de la Ley de matrimonio de 1946, mira esencial del proyecto. El autor considera esto conveniente, pero, por hoy, prematuro.

LERSCH, Dr.: *Revisionen aus § 48 Eheg.*—Neue Juristische Wochenschrift. Munich-Berlín. Año VI, cuaderno 8, 20 febrero 1953; págs. 290-291.

El autor ofrece algunas consideraciones de tipo estadístico sobre las "Revisiones" falladas por el B. G. H. en materia referente al parágrafo 48 de la Ley de matrimonio de 1946. (Vid. el texto del parágrafo en la reseña a un trabajo de Schneider en esta misma sección.)

PORRAS, Néstor L.: *Algunas reflexiones sobre el adoptante casado.*—La Ley. Buenos Aires. Tomo 71, 28 julio 1953; pága. 1-3.

Como norma general en la Legislación argentina la persona casada sólo puede adoptar con el consentimiento de su cónyuge expresado judicialmente. Para otorgar el consentimiento, el cónyuge del adoptante ha de reunir los requisitos que la adopción requiere; así lo entiende el autor, así como que debió prescindirse del requisito del consentimiento cuando se adopta un hijo propio o del cónyuge. Examina después los casos en que la legislación expresamente declara la no necesidad del consentimiento: divorcio, separación de hecho, insanidad del cónyuge, declaración de ausencia con presunción de fallecimiento.

REQUENA, Angel: *Carga de la prueba para acreditar la condición de bienes parafernales.*—Revista General de Derecho. Valencia. Año IX, números 106-107, julio-agosto 1953; págs. 356-358.

La sola afirmación del demandado de ser parafernales unos bienes no prejuzga su cualidad y no basta para, como excepción, enervar una acción que el marido ejerce en nombre propio. Sobre un caso real y ante lo desacertado de su solución judicial, el autor examina la cuestión y afirma lo dicho al principio.

RODIG, Dr.: *Die Ehescheidung in der sowjetischen Besatzungszone. Ein Problem des Interzonalen Rechts.*—Monatsschrift für Deutsches Recht. Hamburgo. Año VII, cuaderno 8, agosto 1953; págs. 460-463.

El matiz político y "antifascista" con que los Tribunales de la Zona de ocupación soviética aplican e interpretan las Leyes da lugar a afirmaciones como éstas: 1) La permanencia de la mujer en la "Fe cristiana" es una falta matrimonial si el marido es funcionario de la SED. 2) El hecho de que el marido sea prisionero de guerra de los Soviets es prueba de un delito contra la Humanidad cometido por él y por ello causa de divorcio. 3) La huida a las zonas occidentales de los elementos "indeseables e invítils para el trabajo" autoriza al

cónyuge que se queda en la Zona soviética al divorcio. 4) Cabe conceder el divorcio al demandante que vive en adulterio y está al servicio del Estado... etc.

El autor señala algunas de las cuestiones que pueden surgir en las Zonas occidentales, en virtud del artículo 17 de la ley de Introducción al B. G. B., que dispone que para el divorcio son competentes las Leyes del Estado a que pertenece el marido al tiempo de interposición de la acción.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *Concepto, caracteres y fines de la institución tutelar*.—Revista General de Derecho. Junio 1953; páginas 702-740.

Después de encuadrar la institución tutelar en el sistema del Derecho civil superando la dicotomía derecho público-derecho privado y de desechar una concepción de la tutela entendida como protección de un estado de incapacidad, pasa el autor a estudiarla como institución orgánica, fijándose con preferencia en su contenido para resumir al final, recogidos de la doctrina prevalente, los caracteres y fines.

ROMERO DEL PRADO, Víctor N.: *El divorcio vincular declarado por un juez peruano o del domicilio conyugal de un matrimonio celebrado en la República Argentina*.—Revista Jurídica de Córdoba. Córdoba (Argentina). Año IV, núm. 14, abril-junio 1952; págs. 21-29.

Declarado disuelto vincularmente conforme al Código civil peruano el matrimonio de peruano con argentina, el autor se pregunta: ¿Puede el súbdito peruano contraer nuevo matrimonio en Argentina? ¿Puede en Venezuela? ¿Qué efectos tendría en Argentina el segundo matrimonio? Estudia cada uno de estos problemas, teniendo en cuenta la vigencia o no vigencia de las Tratados de Montevideo de 1889 o del Código Bustamante, así como la noción de orden público internacional.

SAPENA, Joaquín: *Un boceto del casamiento en casa*.—Revista de Derecho Privado. Madrid. Año XXXVII, núm. 435, junio 1953; págs. 545-568.

Considera el autor al casamiento en casa como un brote de la viudedad foral aragonesa, regido esencialmente por las capitulaciones matrimoniales. Su razón de ser estriba sobre todo en ser un medio conservador y unificador de la "casa" en el Alto Aragón, que, no obstante, tiene algunos inconvenientes (los más no de la institución en sí, sino en las segundas nupcias en general). Tras referirse a la naturaleza jurídica (institución filial de la viudedad) y al Derecho que le rige, examina los elementos (personales, reales y formales), los efectos (ligar a la casa al nuevo matrimonio), la extinción, el concepto (pág. 560) y los requisitos. Relaciona la figura con el "agermaramiento", destaca sus modalidades especiales y la deslinda de instituciones afines.

SAPENA, Joaquín: *En torno a la Ley de Patrimonio Familiar*.—Revista de Derecho Privado. Madrid. Año XXXVII, núm. 438, septiembre 1958; págs. 705-781.

Comenta el autor el verdadero motivo de nacimiento del Derecho agrario (el largo olvido en que el legislador ha tenido al campo y sus problemas) y pasa a ocuparse de la Ley de Patrimonio familiar de 15 de julio de 1952, señalando sus precedentes, carácter mixto (civil y administrativo), características y finalidad. Estudia el Patrimonio familiar refiriéndose a su titular, partes integrantes y constitución del mismo. Después de aludir a sus características (indivisible, inalienable, inembargable), indica las obligaciones del titular y el aspecto civil más importante de la Ley: las derogaciones revolucionarias que produce en el sistema sucesorio normal del C. c.; contempla la sucesión voluntaria, legítima y forzosa, con alusiones a la cofación y la innovación que la Ley supone en materia de usufructo vitalicio.

El autor termina diciendo: "En conjunto, la Ley merece la alabanza del labrador y del jurista."

SCHNEIDER, Herbert: *Die Rechtsprechung des B. & H. zu § 48 Eheg.*— Neue Juristische Wochenschrift. Munich y Berlín. Año VI, cuaderno 8, 20 febrero 1953; págs. 281-285.

El parágrafo 48 de la Ley de matrimonio de 1946 dice así: "Si la comunidad doméstica de los cónyuges está suprimida desde hace tres años y, a consecuencia de un entorpecimiento profundamente irremediable de la relación matrimonial, no es de esperar el restablecimiento de una comunidad de vida correspondiente a la esencia del matrimonio, cada cónyuge puede solicitar el divorcio."

"Si el cónyuge que solicita el divorcio es culpable en todo o en su mayor parte del entorpecimiento, el otro—cónyuge—puede oponerse al divorcio. La oposición no ha de atenderse si el mantenimiento del matrimonio, apreciando sensatamente la esencia del mismo y la conducta global de ambos cónyuges, no está justificado desde un punto de vista ético."

"No ha de darse curso a la solicitud de divorcio si el interés comprensible de uno o de varios hijos menores, que descienden del matrimonio, exige el mantenimiento del mismo."

Sobre este interesante precepto ofrece el autor algunos de los puntos de vista de la Jurisprudencia del "Bundesgerichtshof" (B. G. H.).

## 6. Derecho de sucesiones.

SAKELLA ROPOULOS, Cristos: *La legitimación de herederos en Grecia*.—La Ley. Buenos Aires. Tomo 71, 4 septiembre 1958; págs. 1-3.

Estudio del "Klironomitirion", especie de certificado sucesorio (análogo al "Erbschein" del Código alemán) introducido en la legislación griega por los

artículos 1.956 y 1.966 del Código civil vigente desde el 23 de febrero de 1946. Después de insertar los preceptos aludidos, se fija el autor en el Tribunal que expide el certificado, en el procedimiento, y en la "eficacia legitimadora" del documento.

## II DERECHO HIPOTECARIO

**AZPIAZU RUIZ, José:** *La legitimación registral en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*—Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Junio 1953; págs. 401-408.

Comentario elogioso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1953 en la que se deslindan los campos de la fe pública registral y de la legitimación.

**REZA, Alfredo:** *Temas de prescripción*.—Revista crítica de Derecho Inmobiliario. Junio 1953; págs. 446-456.

Estudio exegético de los problemas que plantea el artículo 1.949 del Código civil en relación con el 1.940 y la legislación hipotecaria.

## III DERECHO MERCANTIL

### 1. Parte general

**FRANTA, Rudolf:** *Das neue Handelsvertreterrecht*—Monatschrift für Deutsches Recht. Hamburgo. Año VII, cuaderno 9, septiembre 1953; páginas 530-534.

El autor examina la nueva forma en que, a consecuencia de la Ley de 6 de agosto de 1953, ha quedado redactada, ampliada y refundida la Sección 7.<sup>a</sup> del libro I del C. com. alemán (parágrafos 84 a 92) referente al representante mercantil. Concepto (parágrafo 84), validez del contrato sin sujeción a forma (85), obligaciones del representante y del comitente (86, 86 a), asunción del "Delkredere" por el representante (86 b), pretensión de previsión (87 a 87 d), prescripción de pretensiones (88), derecho de denuncia (89, 89 a), pretensión de nulidad (89 b), secreto del comitente (90, 90 a), poder de representación (91, 91 a), representantes de seguros (92), otras cuestiones (92 a a 92 c). La nueva regulación entra en vigor el 1-XII-53.

**MOSSA, Lorenzo:** *Prospettive dell'Impresa in diritto italiano e tedesco*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale, VI, 1953, fasc. 5-8; págs. 87-99.

El concepto de empresa ha ido depurándose a partir de la mitad del siglo XIX en formulaciones más o menos bási-cientes desde una idea puramente contrac-

tual hasta una formulación integradora de personas y bienes a la que el fin social impuesto por las nuevas leyes sitúa en una posición clave entre el Derecho mercantil y el de trabajo. La empresa no pierde importancia con su transformación actual, antes bien se consolida en las nuevas formas de participación del elemento productor.

MÜLLER ERZBACH, Rudolf: *L'Impresa economica e la sua libertà*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale. Pisa. Volumen VI, fasc. 1-4, 1953; págs. 31-36.

Es decisivo en la empresa el valor de los factores de organización y confianza que la ciencia jurídica tradicional no ha tenido en cuenta. En base a ellos y con miras teleológicas ha de captar la empresa el nuevo orden jurídico, que a su vez resulta influido por estos elementos "no materiales".

Consideraciones sobre la verdadera y propia libertad de la empresa y sobre el olvido o abuso de ella.

TUNC, André: *Il progetto del Codice di Commercio negli Stati Uniti*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale. Volumen VI, 1953, fasc. 5-8; págs. 138-142.

El proyecto es obra del *American Law Institute*, centro de carácter privado. Por tanto, tiene en la actualidad carácter meramente oficioso. El trabajo estudia el mérito de los autores al conseguir una formulación doctrinal unitaria en el complejo de los diversos ordenamientos de los Estados; la amplitud de las materias que abarca, que rebasa el contenido normal de los Códigos actualmente en vigor y las posibilidades de que se convierta en ley de la Unión.

VARANGOT, Carlos Jorge: *El Segundo Congreso Nacional de Derecho Comercial*.—La Ley. Buenos Aires. Tomo 71, 1 agosto 1953; págs. 1-5.

Rápida visión de los distintos aspectos del Congreso de 1953. Entre los puntos de estudio comprendidos en el Temario figuran las más importantes materias del Derecho mercantil; fijándose en las modernas tendencias (integridad del D. mercantil, tendencias unificadoras, tendencias disociadoras). Referencia a las ponencias sancionadas y a las conclusiones.

## 2. Sociedades mercantiles.

CÁMARA, Héctor: *Notas a la nueva Ley española de Sociedades Anónimas*. Revista Jurídica de Córdoba. Córdoba (Argentina). Año IV, núm. 14, abril-junio 1952; págs. 29-65.

Después de aludir a la anterior legislación sobre la S. A. y al anteproyecto y proyecto, señala las ventajas y defectos de la Ley de 17 julio 1951, conside-

rándola, no obstante, como la mejor de todas las sancionadas últimamente en los diversos países; reúne las dotes de claridad, pulcritud, prudencia, democracia y equilibrio.

Siguiendo el orden de la Ley, va analizando los diversos capítulos de la misma con alusiones históricas, comparativas y críticas.

CARMONA, Juan: *El régimen de las Compañías Anónimas*.—Revista de Derecho y Legislación. Caracas. Enero-febrero 1953; págs. 3-19. Marzo-abril 1953; págs. 88-98.

Plantea determinados problemas marginales que la legislación venezolana presenta en orden a las sociedades anónimas, principalmente con respecto a su denominación y al Registro mercantil.

GUERRERO DE CASTRO, Manuel: *Reforma de la Sociedad Anónima española (Ley de 17-VII-51)*.—Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial. Montevideo. Año VIII, núm. 81, febrero 1953; págs. 51-79.

El autor ofrece una visión de conjunto bastante amplia de la reforma en España de la reglamentación de las Sociedades por acciones. Se refiere a la génesis de la reforma, a la aplicación de la nueva Ley de 17-VII-51 (vigencia, Derecho transitorio, disposiciones derivativas, legislación complementaria) y a los principios rectores de la misma. El trabajo continúa en el siguiente número de la revista.

MOSSA, Lorenzo: *Il progetto spagnuolo di una legge sulla Società a responsabilità limitata*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale. Volumen VI, 1953, fasc. 5-8; páginas 100-103.

Brave comentario crítico al proyecto español de ley de Sociedades limitadas en el que se loa el espíritu de independencia de los juristas españoles con respecto a la doctrina europea. El proyecto, lejos de suponer una construcción teórica, refleja en su sistemática y en sus instituciones la práctica comercial en la que apareció y se configuró la sociedad limitada.

REINHARDT, Rudolf: *Riflessi delle leggi sulla cogestione e sull'esercizio sull' diritto delle Società commerciali*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale. Volumen VI, 1953, fascículo 5-8; págs. 146-157.

Estudio de los efectos, en las diversas formas de sociedad mercantil, de la ley alemana de 11 de mayo de 1951 que ordena la participación en la gestión de la sociedad del elemento laboral. Precede la exposición de las posibilidades doctrinales de esta participación. Sigue el examen de la ley y concluye con una crítica doctrinal de la ley misma.

SOTOGIA, Sergio: *La Legge spagnuola sulle Società per azioni*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale. Pisa. Volumen VI, fasc. 1-4, 1953; págs. 14-21 (de la Parte Práctica).

Manifiesta que el legislador español, con la Ley de Sociedades Anónimas, no sólo ha llenado una grave laguna de la propia Legislación, sino que además ha ajustado ésta a las más modernas tendencias occidentales, en un campo que, de manera profunda y decisiva, se muestra como sensible al factor económico y productivo, y en el que influye grandemente el factor social y político.

En general, el autor enjuicia siempre favorablemente la Ley española, a la que considera como "monumento legislativo de la tradición legislativa latina", inspirada en postulados democráticos y dotada de una clara tendencia liberal. Considera que la Ley tiene un matiz predominante de Derecho privado, elogia el sistema seguido en las disposiciones transitorias y pasa a examinar los más salientes rasgos del contenido de la ley: patrimonio social y de los socios, tutela de los intereses de éstos, minorías, procedimientos del artículo 70, etc.

VERRUCOLI, Piero: *La responsabilità dei soci nella Società cooperativa*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale. Volumen VI, 1953, fasc. 5-8; págs. 108-121.

La peculiar estructura de la sociedad cooperativa que participa de los tipos de sociedad personal y capitalista y los supera, exige también un especial sistema en el juego de la responsabilidad de la sociedad y de los socios frente a los acreedores. Se delinea de este modo un esquema propio de responsabilidades que parte de la diferencia entre la responsabilidad directa y la subsidiaria con unos cómputos de proporcionalidad distintos, según que la sociedad subsista o esté en trance de quiebra o liquidación.

### 3. Obligaciones y contratos.

DERRIDA, Fernand: *De la solidarité commerciale*.—Revue trimestrielle de Droit Commercial. París. Abril-junio 1953; págs. 329-378.

Las causas económicas que imponen una diferenciación de las obligaciones comerciales con respecto a las civiles, imponiendo a aquéllas una presunción de solidaridad, dan base para plantear su traducción jurídica examinando la naturaleza específica de la solidaridad mercantil y sus manifestaciones prácticas, con origen en la ley o en la costumbre. Finalmente se entra en la estructura jurídica de la relación mercantil que explica el funcionamiento del principio de solidaridad entre codeudores y entre el acreedor y los deudores.

DURAND, Paul M.-F.: *Les transports internationaux*.—Revue trimestrielle de Droit Commercial. París. Abril-junio 1953; págs. 307-327.

La Convención C. I. M. relativa al transporte ferroviario de mercancías y la C. I. V. al de viajeros y equipajes fueron firmadas por veinte Estados eu-

ropeos el día 25 de octubre de 1952 en Berna. Después de hacer una breve historia de las mismas, se analizan las innovaciones que suponen con respecto a la Convención de Roma de 23 de noviembre de 1933. El juicio crítico global de las reformas es elogiado por lo que supone de unificador de técnicas de transporte y de legislaciones. Pero se teme que las resistencias nacionales las hagan impracticables.

ROBLOT, René: *Obligazione cambiaria e rapporto fondamentale nel Diritto francese moderno*.—Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economía, Diritto Sociale. Pisa. Volumen VI, fasc. 1-4, 1958; páginas 8-20.

Comienza aludiendo a las concepciones causal y abstracta en materia cambiaria, indicando cómo la desconexión de título y causa acabó triunfando. Afirma el autor que Francia, no obstante acogerse a la ley uniforme, no ha llegado a consecuencias excesivas en el terreno que concibe la obligación cambiaria como abstracta al margen de la relación básica o fundamental que la motivó. El Derecho francés se ha esforzado siempre en conciliar las necesidades de la circulación del título con las exigencias de la moral.

Después de señalar los caracteres originales de la obligación cambiaria (significación decisiva de la forma, independencia de las firmas, inoponibilidad de excepciones) indica las posibles influencias de la relación fundamental en la obligación cambiaria y señalando algunas discusiones doctrinales y jurisprudenciales.

#### 4. Derecho marítimo.

FERNÁNDEZ, Raymundo L.: *Las "reservas" en los conocimientos. (Valides y alcance.)*—La Ley. Buenos Aires. Tomo 71, 4 agosto 1958; págs. 1-4.

La rapidez del moderno tráfico comercial justifica la adopción de reservas en los conocimientos. No son cláusulas de irresponsabilidad, sino meramente supresivas de dificultades en la entrega de las mercaderías. Se estudian los requisitos de validez y se termina aludiendo al artículo 1.040 del Código de Comercio argentino.

#### IV. DERECHO NOTARIAL

ESCOBAR, Eloy: *¿Fé de conocimiento...?*—Revista de Derecho Privado. Madrid. Año XXXVII, número 438; págs. 701-705.

Vinculándose completamente a la realidad, el señor Escobar ofrece interesantes sugerencias en torno a la afirmación de que la identificación de los otorgantes en las escrituras públicas está fuera de la función notarial y de las posibilidades del Notario.

FEYOCK, Jorge: *Los fundamentos de la posición del escribano en la vida jurídica*.—Revista Internacional del Notariado. Octubre-diciembre 1952; páginas 273-291.

Exposición evolutiva del Notariado en Europa hasta la Ordenanza notarial del Reich de 1937, que sitúa al Notario como un administrador preventivo de justicia. Orientación actual del proyecto de ley modificatoria.

GÓMEZ DE MERCADO, Francisco: *Sobre la proyectada revisión del Reglamento del Notariado*.—Revista del Notariado. Buenos Aires. Año LV, número 607, enero-febrero 1953; págs. 13-26.

Ante la posible reforma de la Legislación notarial española, el autor destaca en la actual algunos puntos a conservar, así como otros a modificar. Se fija especialmente en la cuestión relativa a la fe de conocimiento.

#### V. DERECHO PROCESAL

##### 1. Introducción y parte general.

BERGENROTH, Dr.: *Ist ein "Versäumnisurteil nach Grunde" möglich?*—Neue Juristische Wochenschrift. Munich y Berlín. Año VII, cuaderno 2, 9 enero 1953; págs. 51-52.

Demuestra el autor cómo en ocasiones es procedente y posible una sentencia en rebeldía que afecte al fondo (en las acciones—demandas—de prestación no señaladas en valor numéricamente).

HAUEISEN, Dr.: *Offentlich-rechtliche Vorfragen im Zivilprozess*.—Neue Juristische Wochenschrift. Munich y Berlín. Año VI, cuaderno 4, 23 enero 1953; págs. 121-124.

Ante el desacuerdo doctrinal y jurisprudencial sobre las llamadas “Preguntas jurídico-públicas” en el proceso civil, el autor cree pueden clasificarse en cuatro grupos: 1) Duda sobre la validez de una norma jurídica. 2) Cuestión sobre si un acto administrativo es nulo e impugnable o sobre si ha sido omitida una actuación de oficio, no obstante existir un derecho a su realización. 3) Cuestión sobre la existencia o inexistencia de una relación jurídica jurídico-pública. 4) El cuarto grupo se caracteriza de forma negativa, afecta a todas las cuestiones de Derecho público que no sean de las citadas en los números anteriores.

HEINZE, Félix: *Die neue Gerichtsverfassung in der sovjetischen Besatzungszone Deutschlands*.—Neue Juristische Wochenschrift. Munich y Berlín. Año VI, cuaderno 7, 13 febrero 1953; págs. 247-250.

Ofrece el autor una rápida visión de cómo han quedado organizados los Tribunales y Juzgados en la Alemania oriental en virtud de la “Ley sobre la

constitución de los Tribunales de la República alemana democrática" (Zona soviética de Alemania) de 2 de octubre de 1952 (G. V. G.). La escala queda así: "Kreisgerichte", "Bezirksgerichte", "Oberstes Gericht" y "Plenum". Señala la competencia de ellos, así como la competencia en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

HÖLZWEG, Erich: *Zur Frage der Änderung von Gerichtsgrenzen im Verordnungswege*.—Neue Juristische Wochenschrift. Munich y Berlín. Año VI, cuaderno 2, 9 enero 1953; págs. 48-49.

La cuestión de si los límites de distrito de los Tribunales pueden ser modificados por una Ordenanza o si, por el contrario, se requiere una Ley, es de gran significación en la práctica jurídica. La afirmación corriente es la de la necesidad de una ley para tal modificación. Sin embargo, el autor entiende que, en base al Derecho hoy vigente, tal punto de vista no puede suscribirse. Ofrece algunos argumentos en pro de su tesis.

JACOBS-MARTINI, J.: *Das Armenrechtsprüfungsvorfahren (§ 118 a Z. P. O.)*.—Neue Juristische Wochenschrift. Munich y Berlín. Año VI, cuaderno 7, 13 febrero 1953; págs. 246-247.

Sugerencias y breves comentarios sobre el parágrafo 118 a) de la Ordenanza procesal civil relativo al camino a seguir por el Juez antes de conceder el beneficio de pobreza ("Armenrecht").

JAGUSCH, Heinrich: *Zur Gestalt des Obersten Bundesgerichts nach Art. 95 G. G.*.—Neue Juristische Wochenschrift. Munich y Berlín. Año VI, cuaderno 7, 13 febrero 1953; página 244-246.

Concebido el "Oberstes Bundesgericht" por el artículo 95 de la Constitución de Bonn como órgano que vele por la unidad del Derecho y de la administración de justicia, el autor duda que, dada la configuración del Tribunal en el precepto constitucional, consiga su finalidad.

POLAINO ORTEGA, Lorenzo: *El "usus fori" y la corruptela procesal en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.—Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Junio 1953; página 683-701.

Defiende la necesidad de la reforma y establece la diferencia entre "usus fori" y corruptela procesal en la licitud o ilicitud de los actos repetidos. A continuación insinúa remedios legales para cada uno de los casos en el que el "usus fori" crea problemas superables o la corruptela lleva a situaciones inadmisibles.

PORTUONDO Y DE CASTRO, José: *Los progresos de la ciencia y el derecho de la prueba*.—Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires. Buenos Aires. Tomo XXX, núm. 3, septiembre-diciembre 1952; páginas 178-192.

Después de una Introducción se refiere a los distintos regímenes en materia de apreciación de la prueba, con alusiones a la prueba libre y a la tasada, ofreciendo luego un cuadro general de las pruebas siguiendo a Bonnier. A juicio del autor, los adelantos científicos han de tenerse en cuenta en la regulación de la prueba, tanto los que facilitan la conservación o reproducción del pensamiento escrito o hablado como la investigación de la mente humana.

SEQUERA, Carlos: *Gestión de negocio ajeno y procesos judiciales*.—Revista de Derecho y Legislación. Caracas. Marzo-abril 1953; págs. 79-82.

Estudia los efectos y remedios jurídicos de un proceso seguido por un gestor desprovisto de mandato *ad lites* conforme al Código de procedimiento civil de Venezuela.

## 2. Procedimientos especiales.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Introducción a un estudio del proceso del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas*.—Revista de Derecho Privado. Madrid. Año XXXVII, núms. 436-437, julio-agosto 1953; páginas 601-609.

Critica el sistema de nuestros legisladores de elaborar en cada Ley sustancial su procedimiento específico, así como la afirmación ( contenida en la Exp. Motiv. de la Ley de Soc. As.) de que la posibilidad de impugnar los acuerdos sería una garantía platónica si hubiese que acudir al procedimiento de mayor cuantía.

El proceso del artículo 70 de la Ley de Soc. As. es un proceso de instancia única en dos fases: ante el Juez y ante la Audiencia. Indica los antecedentes de este sistema en el Derecho español (art. 270 del Estatuto de la Prop. Industrial de 1929 y el proceso que regulaba la Ley de Divorcio de 1932).

La remisión que se hace a la LEC como subsidiaria debe entenderse hecha al juicio de menor cuantía; aunque no lo diga la Ley es un criterio. Es censurable dar acogida a ciertos conceptos generales huérfanos de regulación en nuestro sistema procesal (reglas 1.º y 6.º). Elogiable el criterio seguido en materia de costas.

La visión de conjunto del artículo 70. dice el autor, "nos produce honda preocupación".

MEJÍA MONTOYA, Alberto: *Comentarios al procedimiento de trabajo en Colombia*.—Derecho (Revista del Colegio de Abogados). Medellín (Colombia). Años XXV y XXVI. Tomo IX, 1951 y 1952, núms. 77 y 78; páginas 379-399.

El autor ofrece una síntesis histórica del Derecho procesal laboral colombiano, cuya evolución culmina en el Decreto número 2.158 de 1948, llamado Código de Procedimiento Laboral. Consideraciones y sugerencias en torno al mismo, así como comparación con la Legislación anterior.

RUPPRECHT STOKERBAUM, Dr.: *Autgebots- und Amtesprüfungeverfahren im Warenzeichenrecht*.—Nueve Jurídica Wochenschrift. Año VI, cuaderno 9, 27 febrero 1953; págs. 324-327.

Cuestiones de procedimiento en la materia relativa a la protección de los signos de las mercancías.

VOGEL, Hermann: *Das Neue Vollstreckungsrecht*.—Monatsschrift für Deutsches Recht. Hamburgo. Año VII, cuaderno 9, septiembre 1953; páginas 528-527.

Examen de los principales aspectos de la Ley de 20 de agosto de 1953 referente al restablecimiento de la unidad legislativa en materia de ejecución forzosa. Destaca el autor las modificaciones que ha supuesto tal disposición en la Ordenanza procesal civil y en la Ley de Ejecución forzosa.

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA

## RESOLUCION DE 27 DE JUNIO DE 1953

### Inscripciones de incapacidad

Ordenada, en mandamiento dictaminante de procedimiento ejecutivo ordinario, la anotación preventiva de embargo de dos fincas del deudor, sólo una de las cuales aparece inscrita a su nombre en los Libros inmobiliarios, el Registrador puso la siguiente nota de calificación: "Suspendida la anotación que se ordena, por no resultar inscrita la finca segunda, ni constar expresamente que la demanda ejecutiva se haya interpuesto contra el tutor del deudor, sujeto a interdicción civil en virtud de la sentencia anotada en este Registro de la Propiedad, habiéndose tomado, en su lugar, anotación de suspensión por término de sesenta días, a petición verbal del presentante."

Entablado recurso gubernativo y habiendo informado el funcionario calificador, el Juez de primera instancia lo hace, a su vez, insistiendo en la prohibición impuesta a los Registradores de calificar resoluciones judiciales y proponiendo se ordene a éste que inscriba el mandamiento denegado, revocando su calificación, "sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el caso, a efectos de los artículos 228 y siguientes del Código civil y Estatuto del Ministerio Fiscal".

Revocada la nota en el auto presidencial, la Dirección General la ratifica, sin embargo, en virtud de la siguiente doctrina:

A) *Los Registradores se hallan facultados para calificar los documentos judiciales en los términos prevenidos en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, y deben tener en cuenta los obstáculos que surjan del Registro, sin que ello implique invasión de la esfera atribuida por la Ley a los Tribunales de Justicia.*

B) *Las inscripciones de incapacidad a que se refieren los artículo 2º, número cuarto, de la Ley Hipotecaria, y 10 de su Reglamento, publican una situación subjetiva normal que se ha de tener en cuenta para calificar los documentos referentes a fincas inscritas en favor del incapacitado, aunque, como estiman los más reputados comentaristas, no participan dichos asientos de las características de las demás inscripciones, porque las circunstancias personales de los sujetos escapan al juego propio de la fe pública registral.*

C) *En el caso debatido, la demanda ejecutiva que motivó el mandamiento de la anotación preventiva de embargo se dirigió contra persona cuya incapacidad para comparecer en juicio se había hecho constar en el Registro, en virtud de una sentencia firme, por lo cual no pueden estimarse cumplidos los artículos 229 del Código civil y 2º de la Ley Procesal, que preceptúan la intervención de la representación legal del incapacitado, y, en su consecuencia, no cabe extender la anotación ordenada.*

RESOLUCION DE 5 DE JUNIO DE 1953

Asociación sin personalidad

En juicio ordinario de mayor cuantía se dictó sentencia decretando la disolución y pérdida de personalidad jurídica de una sociedad cultural y agrícola por incumplimiento del Decreto de 25 de enero de 1941, y declarando la existencia entre los socios de una comunidad de bienes, que se regiría por las normas legales correspondientes con todas sus consecuencias. Presentado testimonio en el Registro, mereció la siguiente calificación: "Denegada la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos: 1.º No ordenarse expresamente la rectificación del Registro. 2.º Figurar inscrita la finca que se describe, a nombre de la Sociedad Cultural Agrícola "La Renaixenca", persona jurídica distinta de las individuales que litigan, en representación de la Sociedad. 3.º No acreditarse el derecho de los litigantes sobre la masa de bienes sociales y por consiguiente sobre la finca de autos como parte integrante de aquélla, ni que hayan sido parte todos aquellos que, según los estatutos, que no se acompañan, ostenten algún derecho sobre las mismas; doble justificación implícitamente exigida por los artículos veinte y cuarenta, párrafo sexto, de la Ley Hipotecaria. 4.º No constar ni acreditarse todas las circunstancias que el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria engloba bajo el epígrafe de circunstancia sexta, ya que no constan ni se acreditan, las de los documentos justificativos del derecho de los adquirentes sobre la masa de bienes de la Sociedad. 5.º No constar el estado civil de los adquirentes, cuya circunstancia es necesaria para su determinación. 6.º No constar ni acreditarse el nombre y apellidos del cónyuge de los adquirentes que sean de estado casado. 7.º No acreditarse la previa inscripción de la disolución de la Sociedad en el Registro mercantil, o bien, que dicha Sociedad está exenta por su naturaleza y forma de aquel requisito. 8.º No determinarse la parte indivisa que corresponde a cada uno de los hermanos don Eduardo y don Alvaro B. E., defecto que impide únicamente la inscripción de la cuota que se declara les pertenece conjuntamente y no de las demás participaciones. Los defectos señalados con los números primero, segundo, quinto y octavo son insubsanables, y subsanables los demás. No procede, por consiguiente, tomar anotación preventiva."

El Registrador, en su informe, rectificó parcialmente el defecto primero aclarando que la imposibilidad de la rectificación solicitada no se oponía a la declaración del condominio; el Presidente de la Audiencia confirmó los defectos primero y segundo como insubsanables y revocó los demás, salvo el octavo, no recurrido. Apelado el auto, la Dirección General declara, con revocación parcial del mismo, que el documento no es inscribible por las siguientes consideraciones:

A) *La Sociedad Cultural y Agrícola quedó "ipso iure", reducida a una mera asociación sin personalidad, en la que no se extienden las relaciones entre los socios, que quedan subsistentes mientras se halle pendiente de liquidación el patrimonio social, que deberá tener el destino previsto en los Estatutos o, en su defecto, el señalado en los artículos 39 del Código civil y 18 de la Ley de Asociaciones.*

B) *La liquidación ha de practicarse, si los Estatutos no determinan otra cosa ni se logra obtener la mayoría necesaria, por los Liquidadores que podrían ser designados al efecto en ejecución de sentencia quienes realizarán las operaciones correspondientes para fijar el activo y el pasivo y dar al remanente de los bienes el destino anteriormente citado*

C) *La sentencia estimó la demanda, en la cual no se pidió en forma explí-*

cita la rectificación del Registro, ni se ordenó expresamente en el fallo como, no obstante el allanamiento de todos los demandados parecía necesario, ya que, conforme reconoce la sentencia de 6 de marzo de 1946, el allanamiento solamente implica un reconocimiento de los hechos procesales, y no impide la valoración jurídica de los mismos para dictar las resoluciones, eficaz entre las partes, que en derecho proceda.

D) La exigencia del Registrador de que se justifique el derecho de los asociados sobre la masa de los bienes sociales, ni se halla impuesta por el artículo 9.<sup>o</sup> de la Ley Hipotecaria, ni constituye un requisito sometido a la calificación registral en los documentos judiciales.

E) La omisión del estado civil de las personas, así como las circunstancias personales de su cónyuge, en su caso, constituye defecto de naturaleza subsancionable.

V. Sentencias de 5 de julio de 1913, 15 de abril de 1941, 21 de junio de 1943 y 6 de marzo de 1946, y Resolución de 8 de marzo de 1950.

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble

#### SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1953

SUMARIO: 1. Importancia y alcance práctico de la cuestión.—2. Valor de la forma en la donación.—3. La distinción francesa entre reglas de fondo y reglas de forma.—4. La teoría de Ferrara.—5. La teoría de Betti.—6. Especial matiz del Derecho español.—7. La jurisprudencia del Tribunal Supremo.—8. Reflexiones finales.

##### 1. *Importancia y alcance práctico de la cuestión*

El Tribunal Supremo ha tenido que decidir ya, en bastantes ocasiones, sobre la eficacia de la donación de una cosa inmueble, disimulada bajo la apariencia de compraventa hecha por escritura pública. Importa mucho que la solución dada sea clara y terminante, pues se trata de asunto de cotidiana importancia práctica y los particulares prefieren ocultar la donación de fincas para evitar mayores impuestos y las limitaciones legales respecto a los negocios gratuitos, y los profesionales no se recatan, en general, de aconsejar disimularla en forma de escritura pública de venta.

La cuestión aquí propuesta puede expresarse de este modo: ¿Descubierto el carácter simulado de la venta, se considerará la donación nula por defecto de forma, o se considerará eficaz, ya que la compraventa se hizo por escritura pública? El punto de gravedad de la pregunta está en determinar el riesgo que se corre con la simulación. La aplicación estricta del artículo 633 del Código Civil significa que descubierto el engaño resulta nula la donación y quizás—si ocurre después de muerto el donante—sin posibilidad de hacerla de nuevo y de modo eficaz. En cambio, una interpretación laxa del artículo 1276 del mismo Código, pudiera llevar a la conclusión de que, se descubra o no el artificio, la donación será siempre válida; de modo que resultará aconsejable el uso de la simulación, ya que nada se perderá y mucho se puede ganar con su empleo (1).

La práctica judicial y la doctrina habían venido siguiendo, en esta materia, «un criterio sanamente restrictivo», declarando nula la donación de cosa inmueble que, «ella misma, no había sido hecha por escritura pública (2). La sen-

(1) El art. 145 Reg. not. dice que el notario deberá «negar la autorización notarial, cuando el acto o contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos». Pero, de lo que se trata, es precisamente de saber si el acto es o no contrario a la Ley y si el contrato está o no faltó de los requisitos necesarios.

(2) La frase entrecomillada es de CASTAÑ: *Derecho civil español, común y foral*, 1948.

tencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1925 ha admitido abierta y terminantemente la solución contraria. De nuevo, en 23 de junio de 1953, el mismo Tribunal ha tenido ocasión de manifestar su criterio, y lo ha hecho de modo inequívoco en favor de la doctrina anterior, repudiando tácitamente la doctrina de la sentencia de 29 de enero de 1945.

Estas vacilaciones de nuestro más alto Tribunal han repercutido en la doctrina y, la sentencia últimamente citada, ha logrado tanta mayor resonancia, cuanto sus argumentos habían sido utilizados por la doctrina extranjera y podían encontrar nuevo apoyo en algunas modernas elucubraciones teóricas (3). No parece, por ello, inútil recordar los argumentos esgrimidos en pro y en contra de la validez de la donación disfrazada de compraventa hecha en escritura pública: ello implica tratar de cuestiones difíciles y hasta embrolladas por los autores, pero sólo será necesario considerarlas en lo que pueda servir para contrastar el valor de la doctrina acogida por la sentencia de 27 de junio de 1953.

## 2. *Valor de la forma en la donación*

En las discusiones sobre este asunto, tiene siempre un papel decisivo el valor de la forma para la donación; aunque generalmente no se le mencione directamente o se le trate de eslayo. Interesa, por ello, doblemente, dejar en claro el significado que la forma de la donación tiene. Ante todo, ha de advertirse que los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código Civil, no son aplicables a la donación, pues se halla especialmente determinado en el título sobre la donación todo lo referente a su forma y no es necesario acudir a las disposiciones generales de los contratos y obligaciones (art. 621). El requisito de forma es imprescindible para la validez («*forma dat esse rei*»), faltando la forma debida no surtirá efecto la donación (arts. 632, 633): esta, entonces, como dijera García Goyena, será «*nula e insubsanable*» (4). Lo que exactamente ha declarado también la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1932 (5).

11, p. 600; VERDERA: *Algunos aspectos de la simulación*, A. D. C. 3, 1.º (1960), pág. 44; S. T. S., 3 marzo, 1932; 22 febrero, 1940; 12 julio, 1941.

(3) Acepta y defiende la doctrina de la S. 23 junio 1945, TORRELLA MÁS DE XAXAS, *La forma de las donaciones simuladas de inmuebles*, 1953, sobresaliente tesis doctrinal inédita, CASTÁN, después de señalar que la S. de 29 de enero 1945 sigue una dirección, en cierto modo contraria, mantiene su anterior doctrina, *Derecho civil español, común y foral*, 1952, I, 2, pág. 507.

(4) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1952, II, p. 292. La diferencia entre la donación y los contratos en general está ya apuntada en la Ley de Bases, que contrapone «*las formas*» de cada contrato a las «*formalidades*» de la donación (B. 26).

(5) Dice que, a pesar del sistema espiritualista que el Código civil acoge en su artículo 1278 y en el art. 1279, siguiendo la norma trazada por el Ordenamiento de Alcalá y la Novísima Recopilación, y no obstante que «*aquejlos preceptos constituyen la regla general en la materia*», tienen en el propio Código civil sus excepciones, exigiendo, no como forma especial, sino para la validez de ciertos contratos, como requisito necesario, el que se hagan en escritura pública, como tal sucede, entre otras, primordialmente con la donación de cosa inmueble, conforme al art. 633, según el artículo 621 las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en el libro III, títu-

Además, importa mucho recordar el porqué del requisito de forma en la donación. Durante siglos se ha ido afirmando la convicción de que la perfección de la donación requiere el requisito formal del *documentum* o de la *res* (6); justificándose la solemnidad «*pro forma*» por estas dos razones: conveniencia de que el donante proceda con la mayor deliberación y de evitar posibles fraudes (7). Es esta última la que más resalta en el Derecho moderno; pues tanto o más que proteger al donante de una posible ligereza, se busca conseguir una eficaz publicidad para este tipo de transmisión de derechos (8). Lo anómalo y peligroso de la disminución de un patrimonio, sin contrapartida ni justificación económica para la familia (herederos forzados) y para los acreedores y derechohabientes del donante, ha hecho que las leyes concedan una eficacia relativamente menor a los negocios gratuitos; como garantía de los posibles interesados se exige su publicidad, y como sanción de ésta se impone, en fin, la nulidad por carencia de forma. Inevitable y sana severidad que tiene fundamento semejante al requisito indispensable de la inscripción para que la hipoteca quede válidamente constituida (art. 1875) (9). Para terminar estas consideraciones puede todavía señalarse, como prueba de la importancia concedida por el Código Civil a la forma en los negocios gratuitos que (a diferencia de sus modelos) exige para la validez de la condonación de la deuda ajustarse a las formas de donación (art. 1187) (10).

### 3. La distinción francesa entre reglas de fondo y reglas de forma

En el Derecho francés se ha planteado la cuestión de si la donación oculta bajo cualquier otro tipo de contrato, por ejemplo el de compraventa, requeriría también la forma exigida para las distintas donaciones. En sí misma no tiene interés para la doctrina española, que sin dudas exige dicha forma; pero conviene referirse a ella, en cuanto indirectamente ha influido en el desenfoque del problema, objeto de esta nota, por algunos autorizados tratadistas.

La jurisprudencia francesa, desde hace más de un siglo, ha venido juzgando

lo II del Código, y por tanto es evidente que el art. 633 antes dicho, incluido en aquel libro y título, es de aplicación preferente a las disposiciones generales de los contratos que figuran en el libro diverso.

La disparidad también se manifiesta en que el art. 1.280 requiere el documento escrito para los contratos cuyas prestaciones excedan de 1.500 pesetas, y el art. 632 lo impone en todo caso para la donación, sea cualquiera su valor.

(6) «*Donatio consistit ex voluntate cum observatione documentorum*», decía ILLARIO; «*et ceteris hodie pactum nudum donationis non parit actionem, nisi quando detur res vel quantitas*», BARTOLO, *Commentaria in D.* 2, 14, 7; en el Derecho moderno ha desaparecido la insinuación y ha sido sustituida por el documento escrito y la escritura pública. La entrega basta para la donación manual de cosa mueble y su exigencia permite se sigan considerando contratos reales los negocios gratuitos de comodato, mutuo y depósito.

(7) ANTONIO GÓMEZ: *Variae resolutiones*, ed. 1780, I, 4, 6, (I, p. 557); GARCÍA GÓMEZ, loc. cit. p. 292.

(8) En la base 26 de la Ley de Bases se dice que la donación se definirá fijando su naturaleza, efectos y requisitos («las formalidades con que deben ser hechas») «y en tanto tienda a evitar los perjuicios que de las donaciones pudieran seguirse a los hijos del donante o sus legítimos acreedores o a los derechos de tercero».

(9) Se crea un privilegio—sin especial beneficio del patrimonio—respecto a los demás acreedores (art. 1.923, 3.º) y la protección de éstos requiere inexcusablemente la garantía de la publicidad.

(10) «Criterio saludablemente restrictivo» aplicado por S. T. S., 21 noviembre, 1935.

que la donación, disfrazada de contrato oneroso, es eficaz, aunque no se haga ante notario; formalidad que ordena el artículo 931 del Código Civil francés. Los autores que se han ocupado especialmente de esta cuestión, examinan los tres tipos de argumentos de tradición, de texto y de razón con que se ha pretendido justificar tal doctrina y concluyen diciendo que ni histórica, ni exégetica, ni racionalmente se puede encontrar nada que abone la doctrina jurisprudencial francesa, que excusa los requisitos de forma y exige sólo los de fondo (11). La única explicación que se le encuentra es suponer que hubiera existido una práctica judicial antes del Código, después conservadoramente seguida (12) y que los Tribunales se han rendido a la tendencia natural de eludir formalidades molestas (13). No interesa entrar en los detalles de esta polémica, como extraña a nuestro Derecho (14), y sólo importará referirse a lo tocante a la eficacia de los negocios simulados.

La simulación, se dice, no es causa de nulidad de los contratos («plus valet quod agitur quam quod simulatur») y «está permitido hacer indirectamente lo que se puede hacer directamente»; por tanto, se añadirá, la simulación no anula la donación y si se puede donar (conforme a las reglas de fondo) no habrá inconveniente en que la donación se haga mediante la forma de cualquier otro contrato (15). Lo sofístico de este razonamiento aparece inmediatamente. Uno y otro adagio, bien entendidos, expresan lo mismo que nuestro Código Civil: que la falsa apariencia de un negocio no da lugar a la nulidad, cuando se prueba que ocultaba otro negocio verdadero y lícito (artículo 1276). De modo que, si bien el disfraz, por ejemplo de compraventa, no daña, siempre será necesario que la donación oculta reuna *todos* los requisitos exigidos para la donación descubierta; es decir, que no podrá eximirse el cumplimiento de los requisitos de forma, porque no se puede hacer indirectamente lo que está prohibido hacer directamente.

(11) FERRARA: *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. esp. 1931, especialmente p. 236-243; JOLIVET: *La validation des donations déguisées et ses conséquences en Jurisprudence*, 1941, págs. 21-40; en pág. 44, notas 1-3 recoge las opiniones de la doctrina francesa.

(12) JOLIVET, loc. cit. p. 40. Sin embargo, es de notar (como este autor señala) que la jurisprudencia del Tribunal de Casación era fluctuante antes y después de la publicación del Código, págs. 21 a 24, lo que parece contradecir la idea de una doctrina ya consolidada. También es de advertir que POTHIER, después de decir que la venta de una cosa por un precio desproporcionalmente inferior a su valor no es una venta, añade que es «una donación falsamente calificada de venta, la cual ha de estar sujeta a todas las formalidades de las donaciones». *Traité du Contrat de vente*, I, 2, 19, OEUVRES, 1818, IV, p. 12; es decir, se exige la insinuación, *Id.* I, pág. 579.

(13) JOLIVET, p. 13. Sin embargo, varias veces se ha admitido un renacimiento del formalismo. FLORE: *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme. Le Droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes a G. Ripert*, 1950, I, págs. 94, 100 y sig.

(14) La equivocada interpretación jurisprudencial ha originado, además, la mayor inseguridad práctica, al tratar los Tribunales de sancionar los casos que entienden ser de fraude inadmisible.

(15) Se distingue entre «reglas de fondo» y «reglas de forma»; se consideran aplicables las primeras, pero no las segundas a la donación simulada; en cambio, se requieren los requisitos de forma del negocio aparente.

4. *La teoría de Ferrara*

La doctrina jurisprudencial francesa influyó en la práctica judicial de Italia y aunque pronto y autorizadamente se rechazara este extravío (16), quedó el repudio a medio camino; quizás por razones tácticas. En efecto, la doctrina primero (17) y luego la ley (18) admitirán que la donación enmascarada bajo cualquier otro tipo de contrato o acto (compraventa, constitución de renta vitalicia, pago, cc.), será válida, aunque la donación misma no se haga en escritura pública, con tal que sea escriturado el acto o contrato simulado.

Es esta la afirmación en torno a la que ha surgido la discrepancia causa de esta nota; en cuanto ella ha sido recogida por la sentencia de 2 de enero de 1945, que rompió así la uniformidad de la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo.

Los argumentos utilizados en favor de esta solución pueden resumirse en las siguientes afirmaciones: a) Que la escritura será garantía de que el acto ha sido meditado y espontáneo; b) Que a la ley le basta la forma externa del instrumento público; c) Que hay que aplicar con cautela los principios del «fraus legis»; d) Que «con ello se suprimirá el modo más frecuente y común de simulación relativa, rompiendo una tradición sostenida de muy antiguo en Italia y fuera de Italia y sacrificando intereses dignos de consideración» (19).

Ninguna de las razones enumeradas tiene fuerza convincente: a), porque la forma no se impone sólo ni primordialmente en favor del donante, y porque hasta la protección misma de éste queda disminuida, al no consultar abiertamente con el notario y al no quedar garantizada debidamente la facultad de revocación (no se le harán las advertencias legales, art. 194, R. N.);

(16) Dice FERRARA: «Hay en ello una incoherencia evidente, porque una de dos: o la ley ha querido que la donación fuera libre en su forma o la ha sometido a ciertas formalidades por motivos de interés general. Si lo primero, el edificio de la donación, construido con tanto cuidado, hace en nuestro Derecho la figura de un espantapájaros que no espanta a nadie; y si esto no quiere admitirse, es preciso convenir que el legislador no puede haber procedido con tanta falta de lógica, prohibiendo severamente, por una parte y permitiendo con ternura por otra. ¿A qué tanto rigor si había de permitirse a todo el mundo substraerse de la regla?» p. 250; recoge la frase de BENOIR en sus lecciones, de que la simulación es convertida así de causa de nulidad en «causa de validez del acto que no contiene todos los requisitos necesarios para su existencia», pág. 251.

(17) Fue decisiva, según se dice, la posición de FERRARA. Este autor, primero coincidiendo con ASCOLI (*Trattato delle donazioni*, p. 399), entendió que la donación disfrazada era siempre ineficaz, aunque se haya hecho en instrumento público el contrato cobertura; pero luego, dando las razones que después se recogen, defiende la validez, loc. cit. p. 263. Esta solución intermedia fue también defendida por LABBÉ, *Re. Crit. leg. et jurisp.* 1882, p. 343. Sobre el influjo de esta doctrina en la jurisprudencia, FERRARA, N. D. it. XII, p. 314; respecto a la redacción del nuevo Código civil: GIANASTASIO: *Obligazioni, Commentario de D'Amelio y Finzi*, 1949, I, p. 620, nota 1.

(18) El art. 1414 del C. c. it. de 1942, dice: «El contrato simulado produce efectos entre las partes. Si las partes han querido concluir un contrato diverso de aquel aparente, tendrá efecto entre ellas el contrato disimulado, con tal que subsistan los requisitos de sustancia y de forma.» La redacción no es del todo clara, y tampoco siempre la explicación de los comentaristas, pero parecen inclinarse a la segunda teoría de FERRARA, Comp.: GIANASTASIO, loc. cit. p. 620; CARIOTA FERRARA: *Il negocio giurídico*, s. d. (1949), p. 509-510; BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp. s. d. p. 305-306; BARRERO: *Sistema institucional del Derecho privado italiano*, 1950, I, p. 394; MESSINUO: *Manuale de Diritto civile e commerciale*, 1947, I, p. 336; *Doctrina generale del contrato*, 1948, p. 309.

(19) FERRARA, loc. cit. p. 253-254.

*b*), se afirma lo que es cuestión, pues se trata de saber si la ley exige que la misma donación se otorgue en escritura pública; *c*), aquí no se trata de aplicar los principios del fraude de la ley, sino la regla de la nulidad de los actos contra la ley; *d*), porque la desaparición de un uso, la condena de una figura basada en la mentira y la amenaza de intereses nacida precisamente por poner en peligro otros intereses superiores (del Fisco, de la familia, de los acreedores y demás terceros) no parecen motivos suficientes para adoptar la solución propuesta.

Más importante que el contraste de estos argumentos, pues puede tener valor decisorio, será observar el mecanismo de la simulación. Se dice «que en la simulación relativa figuran dos negocios: uno, constituido por la forma externa y aparente que las partes han adoptado con un fin engañoso, y otro, el negocio verdadero disimulado bajo aquel ropaje ilusorio. El primero no tiene valor jurídico alguno, y es, por tanto, el segundo el que debemos considerar» (20). Si se acepta esta premisa, la consecuencia ineludible será la siguiente: el notario ha autenticado la compraventa de la cosa inmueble (negocio simulado), algo meramente externo y sin valor; la donación, o sea la declaración del donante y la aceptación del donatario (negocio simulado), se ha hecho a espaldas del notario, carece por tanto de la exigida forma legal. Considerando sólo a este segundo negocio—como se ha postulado—habrá que tacharlo de inválido, pues carece de una condición esencial para su existencia, la forma notarial.

En verdad, aceptada la regla «quae simulate geruntur, pro infectis habentur» (C. 2, 4, 21), resultará que la compraventa, en su forma y en su fondo, es ineficaz. La donación, además, conforme a otro repetido brocado («contractus simulatus valet secundum in quod actum est, si eo modo valere possit») será válida solamente si *ella misma* fué hecha en la forma legal.

##### 5. La teoría de Bettì.

De modo altamente ingenioso se ha tratado de salvar este tan duro obstáculo; formulándose al efecto la teoría siguiente (21). Ante todo, se niega la existencia de dos distintos negocios (simulado y disimulado) (22); y, al efecto, se realza la conexión entre declaración y contradeclaración, de modo que ésta será entendida como una comprobación negocial o una interpretación auténtica, con la que las partes determinan el alcance que debe tener para ellos la declaración simulada (23). Después, esta interpretación auténtica

(20) FERRARA, loc. cit. p. 232-233.

(21) BETTI, loc. cit. p. 304-306. Este autor parece haber utilizado para ella ideas de KOHLER y DANZ, como se indica en las notas siguientes (22-23). La concepción de BETTI ha sido seguida, con algunas variantes, por TORRELLA MÍS DE XAXÁS, loc. cit. especialmente, págs. 167 y sig.

(22) KOHLER sostuvo que en la simulación no se podía cortar arbitrariamente un trozo separado (p. 98) y que no cabe distinguir bien el negocio simulado y el oculto, pues el uno está en suelo jurídico y el segundo en suelo económico, p. 141, *Studien über Mentalreserven und Simulation*, J. J. 16 (1878).

(23) KOHLER había señalado que la interpretación conforme a la voluntad significaba tener en cuenta, más o menos, hechos fuera de la declaración; ante la dificultad de acudir a tratos o acuerdos sobre el valor de lo pactado en los contratos formales, DANZ sostiene la validez de los pactos accesorios no formales, *La interpretación de los negocios jurídicos*,

tica conducirá a corregir el negocio, es decir, a operar la conversión del negocio simulado en el disimulado, lo que no tendrá dificultad en el supuesto que el primero contenga en sí los elementos sustanciales y formales del segundo; de este modo, la escritura de compraventa podrá interpretarse y convertirse en donación escriturada y, como tal, válida (24).

La habilidad con que esta teoría ha conseguido conjuntar sus diversos elementos es digna de admiración. Si se le examina con algún despacio se descubrirá que, para obtener tal resultado, se ha forzado el significado o se ha desnaturalizado la función de cada uno de ellos; de modo y manera que su valor parece quedar reducido al de una brillante acróbatia mental.

Téngase presente el esquema del negocio. El contrato disimulado o contradeclaración, que precede (25) al negocio simulado o aparente, contiene acuerdos sobre: 1.º, que la compraventa a celebrar será mediante escritura pública simulada e ineficaz; 2.º, que la cosa inmueble objeto de la compraventa es, en verdad, objeto de la donación, desde ahora o desde el momento de la firma de la escritura. Estos pactos, si se mantienen y cumplen, vacían a la compraventa de su valor, pues demuestran que no es querida; mientras que se mantendrá o no se mantendrá—según tenga o no todos los requisitos legales—el negocio disimulado, sin que éste pueda encontrar apoyo alguno en una falsa apariencia.

En efecto, no pueden conectarse ambos negocios, dando a este negocio simulado el valor de un negocio interpretativo. Los medios negociales de interpretación son los que sirven para fijar o precisar el sentido de lo querido en una declaración, y excede de la función interpretativa la intervención destructora de la voluntad, o declaración, oculta (reserva mental, simulación); en este caso, no se interpreta *este* negocio, sino se revela querida otra cosa, *otro* negocio. Con razón, no se habla, en estos casos, de declaración explicativa o interpretativa, sino de *contra*-declaración. Lo declarado en la venta no se complementa, no es compatible con lo declarado ocultamente, sino que la declaración de donar excluye la de vender; no hay compraventa porque no se quiso y hay donación, *a pesar* de que se declaró abiertamente querer comprar y vender (26).

En la teoría criticada llamará la atención del lector atento que, después de afirmarse que el negocio oculto actúa como interpretativo, se acuda todavía a la figura jurídica de la conversión de los negocios; ya que, si el negocio simulado se interpretó conforme a la voluntad de las partes, no hay para qué, ni queda siquiera posibilidad de recurrir a la conversión. La aplicación de

trad. esp., 1931, p. 223 y sig. También OERTMANN (que después cambia de opinión, véase nota 27), *Rechtsordnung und Verkehrsritte*, 1914, p. 144, 145.

(24) BETTI parece también incluir al negocio disimulado o contradeclaración en los que denomina negocios de segundo grado, loc. cit., p. 190, 250.

(25) No cabe la simultaneidad, pues la simulación ha de ocultarse al notario, y no puede ser posterior, pues habría entonces una compraventa válida novada por una donación o un acuerdo de simulación absoluta con posterior acuerdo de donación.

(26) El mismo BETTI enseña que los tratos preliminares «como los demás medios interpretativos extratextuales podrán ser utilizados con sólo el límite de la *compatibilidad*: en la medida en que no estén en contradicción, sino en que sean en algún modo *compatibles* con el tenor de la declaración concluyente o con el significado fijado en una declaración interpretativa subsiguiente» (El subrayado no es de BETTI), *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 1949, p. 280.

esta aparición —«Zeus ex machina»—de la conversión pudiera estar en la necesidad—sentida o presentida—de salvar un grave obstáculo, el de la ineficacia de los pactos sin forma, modificativos de los negocios formales: ¿Cómo cambiar el contenido de un negocio formal, de compraventa en donación, mediante un pacto oculto y sin forma? La doctrina se ha preocupado mucho de fijar los límites de la interpretación de los negocios formales con datos extraños al documento (27); pero el común sentir de los autores concluye que la forma ha de cubrir todos los elementos esenciales del contrato; si queda alguno fuera no podrá decirse ya que *el contrato* se ha otorgado en forma (28). De estos elementos esenciales de un contrato (art. 1.261) no es posible excluir la causa; que, precisamente, es la determinante del tipo del negocio. No se puede, pues, decir que una donación se ha hecho en escritura pública cuando en ésta no aparece el carácter gratuito, cuando no se ha declarado ante notario que se hace y se acepta la donación.

El recurso «in extremis» a la conversión no bastará para salvar a la teoría examinada. Los supuestos de la conversión de los negocios y los del negocio disimulado son tan distintos, que su simple comparación convence de la radical diferencia entre ambas figuras jurídicas. Se señalan como requisitos de la conversión: 1.º, que las partes han querido un determinado negocio y que desconocen su nulidad; 2.º, que el negocio convertido pueda suponerse también querido por las partes, produciendo prácticamente el mismo resultado (semejanza de la causa) (29). En el caso del negocio disimulado, las partes no han querido el negocio simulado y han conocido su nulidad; a la vez que nada impide que el negocio simulado y el disimulado pueden ser de naturaleza, tipo jurídico y resultado práctico, completamente dispares (30). Por ello, la doctrina ha cuidado de separar a las dos figuras jurídicas de la conversión del negocio y de la eficacia del negocio disimulado (31).

Declarado, pues, que la compraventa es sólo vacía apariencia al descubrirse que se había simulado para encubrir una donación, ha de reconocerse que la

(27) OERTMANN (modificando su opinión primera, citada en nota 23), dice que si las partes conscientemente han expresado en el documento otra cosa que la querida, el documento no podrá, por medio de la interpretación, corregirse conforme a la verdadera voluntad pues es imposible que mediante la interpretación se entienda la declaración de modo contrario al que precisamente han querido declarar: agregando «que la voluntad necesita, por tanto, manifestarse especialmente en la forma prescrita y esta forma no se ha prestado por el negocio de coberturas». *Doppelseitiger Irrtum bei Vertragschlüssen*, A. C. Pr. 117 (1919), p. 513. Comp. v. TUHR, *Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1914, II, 1, § 63, p. 507, p. 84.

(28) LEHMANN: *Recht der Schuldverhältnisse* (Lehrbuch de ENNEBERG) 1960, p. 116; ESSER: *B. G. B. Schuldrecht*, 1949, p. 22; LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1952, I, p. 50 («todo el contrato»); BLOMMEYER: *Allgemeines Schuldrecht*, 1953, p. 101; DANCKELMANN, en PALANDT: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1952, § 117, p. 79; Comp: BETTI, p. 206.

(29) Así la generalidad de la doctrina y el mismo BETTI, loc. cit. p. 375.

(30) La conexión entre las figuras conversión y negocio simulado lleva a varias confusiones: entender que son de tipo negocial así la compraventa y la donación (BETTI, p. 306-308) y pensar que el negocio de compraventa no puede simularse por el arrendamiento o viceversa (id. p. 306). La práctica y la doctrina muestran lo contrario; el servir de cobertura (encubrir) requiere sólo una conexión entre la apariencia y lo disimulado y se puede dar de muchos modos, especialmente mediante el paso de la posesión.

(31) MESSINGO (criticando a BETTI): *Doctrina general del contrato*, p. 313 núm. 31. También la doctrina alemana: OERTMANN: *Allgemeiner Teil*, 1927, § 140, p. 512; DANCKELMANN, en PALANDT, § 140, p. 115.

compraventa no se ha convertido en donación, sino que se ha hecho un doble descubrimiento: que la compraventa ni existió ni existe y que ha aparecido una donación antes escondida.

#### 6. *Especial matiz del Derecho español.*

El resumen hecho de los argumentos que generalmente se alegan, en favor de la validez de la donación encubierta carente de forma, y su contraste crítico, permitirá ya—parece—emitir un juicio favorable a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1953 y lamentar fundadamente la desviación que supuso la sentencia de 2 de enero de 1945 del mismo alto Tribunal.

Además de las consideraciones hechas, abona esta conclusión el que las normas de nuestro Derecho inducen a dicho recomendado «criterio sanamente restrictivo», con muy propias y acentuadas razones:

1.<sup>a</sup> El artículo 633 no se limita a exigir la forma pública para el objeto de la donación de cosa inmueble, sino que exige que la forma cubra hasta los elementos no esenciales del negocio. Ordena que se haga en escritura pública, «expresándose en ella individualmente los bienes donados y *el valor de las cargas* que deba satisfacer el donatario». La aceptación deberá hacerse o bien en la misma escritura de donación o bien en *otra escritura* separada, y deberá notificarse la aceptación en *forma auténtica* al donante y se anotará esta diligencia en ambas escrituras. Estas circunstancias indican claramente la tendencia legal a que todo el negocio jurídico donación quede fijado de forma auténtica, para general seguridad de los terceros interesados.

2.<sup>a</sup> La forma pública se exige para la donación de inmuebles y también para otros diversos negocios, que suponen o pueden suponer una transmisión gratuita o semigratuita (arts. 1.137, 1.321, 1.324, 1.328, 1.339 y hasta artículo 1.367). Lo que importa señalar, en cuanto muestra el propósito del legislador de imponer la forma pública a las vías directas e indirectas de donar cosas inmuebles.

3.<sup>a</sup> La enemiga de nuestro Derecho al fraude, negocios indirectos y simulados, manifestada reiteradamente por la jurisprudencia. La causa falsa (artículo 1.276), la mentira (art. 1.901) y el disimulo vician las declaraciones y los contratos (S. T. S. 12 julio 1941). Sería contrario al espíritu de nuestro Derecho un principio como el siguiente: será válido sin la forma legal cualquier negocio jurídico, sólo con que se le disimule mediante otro negocio formal aparente (32).

#### 7. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

Los Tribunales han tenido que fallar muchos asuntos sobre simulación y, en esta materia, la jurisprudencia es muy abundante; sin embargo, sólo en sentencias relativamente recientes se ha abordado de frente la cuestión que nos ocupa; ello permitirá que sin extender demasiado esta nota, se puedan recoger literalmente los textos más importantes de la doctrina jurisprudencial.

32) Que no se aplicaría sólo a la donación, sino que habría que respetarlo de modo general: p. ej., hipoteca por escrito privado oculta por censo en fideicomiso o arrendamiento inscrito.

La sentencia de 3 de marzo de 1932 es fundamental (33). La sentencia de instancia pronunció que las dos escrituras de compraventa de unas fincas, otorgadas por una tía en favor de su sobrina, y cuya nulidad la tía pide se declarase, ocultaban sendas donaciones, y que éstas eran válidas por la virtualidad de aquellas escrituras. El Tribunal Supremo dió lugar al recurso de casación diciendo:

«Considerando que si bien al amparo del artículo 1.276 del Código civil pueden ser admitidos los negocios disimulados o sean los actos válidos y tácitos encubiertos por contratos aparentes, pero privados de la causa específica que va unida su existencia, es necesario para que aquéllos produzcan plenos efectos que se justifique no sólo la concurrencia de los indispensables elementos personales de capacidad y consentimiento, así como la existencia del objeto en que han de apoyarse las relaciones obligatorias o reales ciertamente concertadas, sino también la causa verdadera y lícita en que se funde el acto que las partes han querido ocultar y *el cumplimiento de las formalidades que la ley exigiría a quienes actuaran palatinamente*.

Considerando que esta *rigurosa doctrina* ha de ser especialmente impuesta, *con arreglo a la tradición española*, en el campo de las donaciones puras y simples de inmuebles por reflejar los hechos inter vivos más que un modo abstracto e independiente de transferir la propiedad, un acto liberal que atribuye el dominio al donatario gratuitamente y que por significar una merma, sin contraprestación, del patrimonio del donante y su enriquecimiento sin gravamen, del beneficiario, requiere requisitos y solemnidades que protejan al transferente contra sus desordenados impulsos, a su cónyuge, herederos forzosos y acreedores contra las lesiones de los derechos que el régimen económico familiar, la ley sucesoria o el principio patrimonial le confieren y al donatario contra los riesgos de una adquisición en apariencia precaria o por lo menos desprovista de las defensas que las obligaciones reciprocas y los actos formales ponen en juego.

Considerando que a tenor del artículo 633 del Código civil, para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, con expresión de los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, pudiendo formalizarse la aceptación en la misma escritura u otra separada, y aunque con tales preceptos no se cierra el paso a toda donación que pretenda llevarse a cabo en un instrumento público de compraventa, los intereses más arriba mencionados *no quedan a salvo si los elementos jurídicos que integran el acto disimulado y en especial el acuerdo de voluntades sobre gratuitad, alcance y condiciones de la transferencia no son puestos de relieve de una manera indiscutible y auténtica*.»

Esta doctrina, magistral en el fondo y en la forma, es natural que tenga amplio eco y que sea seguida por los Tribunales y por los autores.

En 22 de febrero de 1940, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de ratificar su doctrina. El Tribunal de instancia había estimado que la escritura de compraventa ocultaba un contrato de donación perfectamente válido; el Tribunal Supremo da lugar a la casación y en segunda sentencia declaró la nulidad

(33) Respecto a bienes muebles y aceptación, pueden citarse S. T. S. 10 diciembre 1904, 6 junio 1906, 27 junio 1914, sobre inmuebles. S. 26 octubre 1926, 23 octubre 1929.

de la escritura, basándose en que: «si bien medió una voluntad para la apariencia, no la hubo para la integridad del efecto jurídico *real*», y en que: «es de tener presente que la recta aplicación del citado precepto (art. 1.276) exige que en los negocios simulados, o sea con causa falsa, se justifique la verdadera y licita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la Ley»; recogiendo después, en parte literalmente, la doctrina de la sentencia de 3 de marzo de 1932.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1941 también casa la del Tribunal de instancia, reproduciendo la doctrina de la sentencia de 22 de febrero de 1940 y citando a la sentencia de 3 de marzo de 1932; pero se basa, sobre todo, en la falta de una causa licita (venta de bienes para sustraerlos a su sucesión, en perjuicio de los hijos).

La sentencia de 29 de enero de 1945 vino a romper la coherencia de la doctrina jurisprudencial, al sentar, precisamente, una doctrina del todo contraria (34). Declara no haber lugar al recurso de casación por la siguiente consideración: «Que si la compraventa encubrió una donación con causa licita y verdadera, según estima la sentencia recurrida, sin impugnación de este aspecto del recurso y, si, además, resulta que tanto el *animum donandi* como la aceptación y la designación de la cosa inmueble donada se hicieron constar, sin móvil fraudulento, que ni siquiera fué alegado, en escritura pública de fingida compraventa que sirve, para amparar la voluntad interna de liberalidad y la aceptación, el contrato realmente celebrado reviste los caracteres de una donación perfecta e irrevocable, porque concurren todos los requisitos de fondo y forma exigidos por los arts. 1.261 y 633 en relación con el 1.276 y con el 1.258 del Código Civil». Añadiéndose: que «quiebra la tesis de la sentencia recurrida (35) en cuanto, por un lado afirma la carencia de requisitos esenciales en la donación por falta de escritura pública, en que sin disfraz se expresase el consentimiento para donar y aceptar, lo que equivaldría a negar la eficacia que en nuestro Derecho puede tener en sí mismo el negocio encubierto».

Bastará la lectura de las frases copiadas para reconocer en esta sentencia

(34) Dice esta misma sentencia «que no se pretende rectificar la doctrina de las sentencias de 3 de febrero de 1932, 22 de febrero 1940 y 12 de julio de 1941, que se invocan en la resolución de instancia, ya que entre el caso de autos y los examinados por aquellas sentencias existe tal diferencia de hechos enjuiciados, que si en el presente opera sobre donación perfecta, según se dirá después, en aquellos otros casos se apreciarán a examen de la Sala donaciones, unas veces con causa ilícita y otras en forma condicional con retractación oportuna del donante, y no se puede pretender que una misma norma regule la estructura jurídica de hechos dispares o contradictorios». No es posible aceptar esta afirmación más que en el caso de la sentencia de 1941 y, respecto de ella misma, se podría preguntar si la referencia al incumplimiento de las formalidades legales (escritura de compra y no escritura de donación) no significa afirmación de doctrina respecto a las donaciones en general. La S. de 3 de marzo (no del febrero) de 1932 no dice que se trate de una donación condicional, sino que alude a que la demandante lo afirma, y, sobre todo, adviértase que en los hechos que se dan por probados en la sentencia de instancia (aceptados y no recurridos) se sienta ser una donación pura; además, no es imaginable porqué el criterio severo de la forma se ha de exigir sólo para la donación condicional. En la S. de 22 de febrero 1940 no se calificó a la donación—ni siquiera se alegó—de condicional ni de ilícita.

(35) La sentencia de instancia es criticada por sus considerandos pero se acepta el fallo recurrido: se niega que la escritura sea eficaz por prescripción de la acción de anulabilidad y se afirma su eficacia por contener una donación válida.

el reflejo de la teoría, antes expuesta de Ferrara; de la que se recoge, y casi literalmente, uno de sus argumentos. Incurre, pues, en sus mismos defectos, y por las razones ya señaladas, parece no deberá recibirse su doctrina.

La sentencia de 23 de junio de 1953, ocasión de esta nota, ha venido a restablecer la buena doctrina. Se trataba de una escritura de compraventa de inmueble; la persona que compra (que convive con la que vende) no tiene bienes para comprar ni para dar el precio confesado, y alega que se trata de donación remuneratoria por alojamiento y cuidados. La Audiencia declaró que faltaba *animus donandi*, no se había probado el carácter remuneratorio y había causa ilícita (defraudar a los herederos). El Tribunal Supremo, aunque acepta estos extremos, no se ha limitado a la cómoda reproducción de las afirmaciones de hecho, sino que ha aprovechado esta oportunidad para sentar doctrina sobre el asunto aquí discutido. Después de decir que no hubo compraventa, porque «no existió coincidencia entre la voluntad real y la voluntad declarada, falta de conformidad que integra, gramatical y jurídicamente el concepto de simulación», continúa: «preciso era que justificara que el contrato simulado tenía una causa verdadera y licita y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley a su peculiar naturaleza, es doctrina de esta Sala, reiteradamente manifestada, y entre otras en las sentencias de 3 de marzo de 1932 y 22 de febrero de 1940, que si bien al amparo del artículo 1.276, puede admitirse la validez de los negocios simulados, es necesario que se justifique la causa verdadera y licita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades previstas, doctrina rigurosa que ha de ser especialmente aplicable en materia de donaciones puras y simples, cuando consta en una escritura en que se hace figurar una compraventa, que es nula en cuanto falta el precio y no puede servir de donación por no resultar probada su existencia en la manera y forma que exige el artículo 633 del Código Civil; la alegación de que el requisito de la escritura pública se cumple «bajo la forma de compraventa», se rechaza diciendo que es «argumentación que carece de eficacia, en cuanto él cumple los requisitos que se requieren para su especial naturaleza, pero no los necesarios para la donación».

En esta sentencia se condensa la buena doctrina sobre la cuestión y hasta pudiera pensarse que es una réplica o rectificación a la sentencia de 29 de enero de 1945, ya que, sin citarla, se contestan pertinente mente sus consideraciones de fondo e incluso se corrige su equivocada referencia a la anterior doctrina de la Sala.

#### 8. Reflexiones finales.

Pudiera terminarse esta nota diciendo que la sentencia de 23 de junio de 1953 ha venido a cerrar el corto periodo de dudas abierto por la decisión de 29 de enero de 1945 y que esta sentencia, como aislada, no tuvo ni tiene valor de doctrina jurisprudencial, debiéndose, en fin, reconocer como indiscutible la «doctrina rigurosa» o «esano criterio restrictivo». Así es y así probablemente será, pero no puede ocultarse el temor de una nueva caída en la laxitud. Existe la amenaza de la pseudo-equidad, de la desgraciada tendencia a interpretar las leyes sentimentalmente, dejando que su sentido cambie, según las circunstancias extrajurídicas del caso. Un par de ejemplos, respecto al objeto

de esta nota, aclarará mejor que nada el peligro señalado. Un tío dona generosamente a su sobrina (por escritura de compraventa) la finca que constituye toda su fortuna, con la condición de que la cuide (a la tía), hasta su muerte; dueña de la finca, la sobrina se casa y después abandona a su anciana tía, dejándola vivir en la más negra miseria; la tía pide entonces la nulidad de la donación. Otro caso. Una huérfana de cortos años es recogida por una señora que la trata como a hija, es madrina de su confirmación y boda, mientras que la ahijada le sirve y cuida como a una madre querida; para recompensar sus desvelos, y en prenda de cariño, la señora le dona sus bienes ((fincas rústicas y urbanas) más para ahorrar derechos reales hace la donación en forma de escritura pública; muerta la señora, un pariente lejano (dentro del cuarto grado) que le había manifestado despego y hasta clara enemistad, reclama los bienes, alegando su condición de heredero abintestato y la nulidad de la donación (36). La falta de forma es la misma en ambas hipótesis; sin embargo, sería probable que, con un criterio emotivo, en el primer caso se vea clara la nulidad y en el segundo se busquen y encuentren medios para afirmar la validez.

Sea permitido por último, hacer esta pregunta: ¿Los Tribunales de Derecho deben o pueden decidir como jurados populares? Hace años hubiera parecido absurda y hasta ofensiva; en estos últimos tiempos, se propone en serio y por sesudos juristas. Cuestión árdua de siempre y que reaparece con especial gravedad en las épocas de crisis; no puede ser tratada debidamente aquí y ahora; mas, sin otro alcance que el reducido del asunto concreto, parece obligado decir porqué se estima preferible «la doctrina rigurosa» a «la regla de cera». Aparte el riesgo del engaño o la confusión, cuando se manipulan datos a efectos sentimentales, y es decisiva la imaginación y la hábil retórica, hay que tener en cuenta el respeto debido a la justicia legal, cuya superioridad señalaba Santo Tomás, en que mira al bien común. Si la exigencia de la forma bajo pena de nulidad es mandato legal y tiene por motivo el interés general, toda acepción de personas, condición y circunstancias para evitar la sanción, será ilegal e injusta (37).

También las leyes, se dirá y con razón, deben ajustarse y no chocar con la realidad, pues sólo así merecen el calificativo de justas. La regla cuya infracción es excusada por la conciencia social se revela, al menos, como inadecuada. En la donación, se considera justificado esquivar las disposiciones del impuesto de derechos reales (no al art. 633 C. c.) Sea, por ello, permitido—por si llegara a su noticia—un ruego a los especialistas de Derecho fiscal: que procuren acomodar sus normas a las aspiraciones del Derecho privado, pues es muy conveniente que el ordenamiento jurídico, en todas sus partes, esté orientado en la misma dirección. Que los padres doten a sus hijas, establezcan a sus hijos y den parte de sus bienes a sus futuros herederos debería ser facilitado, por

(36) Estos dos ejemplos, a pesar de su semejanza, se presentan con tales variantes que les hace ser distintos de los casos que motivaron las sentencias de 3 de marzo de 1932 y de 29 de enero de 1945.

(37) El sistema llevaría a una completa inseguridad en la aplicación de las normas. Si se declarara válida una donación para amparar a la sobrina buena, cuya tía hizo una compraventa falsa, ¿porqué no hacer lo mismo con una tía y sobrina, ambas buenas, que por ignorancia (o por ahorrarse el gasto de la escritura) hicieron verbalmente o por escrito (lo que no hicieron las anteriores) la donación de una cosa inmueble?

intrínsecamente justo, útil para la estabilidad social y favorable para la más rápida distribución de la riqueza. En vez de perseguir inadecuadamente el fraude fiscal, sometiendo a la tarifa de las sucesiones hereditarias a la venta hecha por el padre a su hijo, sería aconsejable desgravar las donaciones, aumentar ciertos tipos de imposición sucesoria y comprobar eficazmente el valor de los bienes transmitidos.

FEDERICO DE CASTRO

## II. SALA PRIMERA

### 1. Sentencias

A cargo de Javier CABANAS, Luis DIEZ PICAZO, Domingo IRURZUN, Sebastián MORO SERRANO y Jaime SANCHEZ-BLANCO, bajo la dirección de Manuel PEÑA.

#### DERECHO CIVIL

##### I. Parte general.

1. INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES: TRIMESTRE NATURAL: *Es el espacio de tiempo de tres meses, que no puede confundirse con el trimestre económico o fiscal.* [Sentencia 1 mayo 1952.]

“... que cuando un precepto legal se refiere a “trimestres naturales”, no deben éstos confundirse con los del ejercicio económico o fiscal” (Considerando 1.º).

“... que en esa confusión se incurre en la sentencia recurrida al identificar el “trimestre natural” al que se refiere el artículo 1.º del Decreto de 21 de mayo de 1943, con el “trimestre contributivo”, conceptos, como se ha dicho, no ya idénticos, sino muy distintos y cuya confusión en la sentencia la ha llevado a la interpretación errónea del citado precepto legal, en relación con el artículo 133 de la LAU. Dicho trimestre, en el caso de autos, estaba formado por el mes de agosto, dentro del cual nació la obligación del arrendador de presentar su declaración a la Hacienda, y los de septiembre y octubre en toda su extensión, por lo que presentada el 27 de este último mes, lo fué en tiempo oportuno” (Considerando 2.º).

2. INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES: TRIMESTRE NATURAL: V. S. 9 julio 1958 (III, 41).

3. INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES: LITERAL Y SISTEMÁTICA: *No es posible interpretar los preceptos legales ateniéndose exclusivamente a su tenor literal cuando éste pugne abiertamente con el sentido general del derecho reflejado en las demás normas.* [Sentencia 13 octubre 1952.]

4. RENUNCIA DE DERECHOS: *Ha de ser explícita, clara y terminante, o bien que pueda deducirse de frases o términos de dudosa interpretación.* [Sentencia 30 marzo 1953.]

5. RENUNCIA DE DERECHOS: SU DIFERENCIA CON LA TRANSACCIÓN: V. S. 14 mayo 1952 (III, 70).

6. SIMULACIÓN: V. S. 16 febrero 1952 (III, 19).

7. SIMULACIÓN PARCIAL Y ABSOLUTA: CONTRATO CON OBJETO MÚLTIPLE Y DIVISIBLE: CONTRATO MÚLTIPLE CON UNIÓN MERAMENTE EXTERNA: V. S. 3 junio 1953 (III, 66).

8. SIMULACIÓN: INDICIOS CONTRARIOS: *El parentesco de los otorgantes de un negocio jurídico, el bajo precio que se estipuló y su carácter de confesado pueden ser insuficientes para apoyar en ellos una declaración de inexistencia por simulación, en especial si, como hechos probados, hay indicios contrarios.* [Sentencia 9 junio 1953.]

“... el parentesco de los otorgantes, el bajo precio asignado a las fincas y la confesión de la vendedora de haber recibido con anterioridad el precio, no ofrecen en el caso de autos elementos de juicio que lógicamente conduzcan a tal inexistencia, teniendo en cuenta, como hechos también probados: 1.º, que lo vendido no fué el pleno dominio de las fincas, sino la nuda propiedad solamente, lo que afecta al bajo precio estipulado; 2.º, que la venta fué realizada por carecer de dinero la vendedora para pagar el préstamo hipotecario que gravaba las fincas vendidas y estaba próximo a su vencimiento, y 3.º, que la venta fué autorizada o consentida en el mismo contrato por el padre del demandante, no obstante ser hecha a favor del hijo que la vendedora había tenido en matrimonio anterior” (Considerando 1.º).

9. SIMULACIÓN: SIMULACIÓN ABSOLUTA Y DISIMULACIÓN: *El art. 1.276 del C. c. sienta el principio de nulidad de los contratos en que se hace expresión de una causa falsa, es decir, cuando no existe coincidencia entre la voluntad real y la voluntad declarada, dejando a salvo la posibilidad de que estén fundados en otra verdadera y lícita. Ahora bien, si al amparo del art. 1.276 puede admitirse la validez de los negocios simulados, es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades prescritas. La apreciación de si existió tal causa y si el negocio disimulado reúne los requisitos de validez es privativa del Tribunal de instancia.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Para justificar el error de hecho en la prueba es preciso señalar actos o documentos auténticos que por sí solos evidencien el error atribuido al juzgador, sin que tengan carácter de documento o acto auténticos las manifestaciones que por las partes se hagan en sus escritos.*

CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA: *En casación no pueden plantearse cuestiones que ni han sido debatidas en el pleito ni resueltas en la sentencia.* [Sentencia 23 junio 1953.]

10. SIMULACIÓN: PRUEBA DE PRESUNCIÓNES: V. S. 23 junio 1953 (IV, 3).

11. SIMULACIÓN: PRUEBA DE PRESUNCIÓNES: V. S. 4 febrero 1953 (17).

12. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: V. S. 24 septiembre 1953 (III, 4).
13. CONDICIÓN SUSPENSIVA: NECESIDAD DE QUE SE ESTABLEZCA CON TODA CLARIDAD: V. S. 28 abril 1953 (III, 67).
14. LA REPRESENTACIÓN: DIFERENCIA CON EL MANDATO: V. S. 3 junio 1953 (III, 66)
15. PRUEBA: *No es prueba pericial, y en cuanto documental no sirve para invalidar la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal, una certificación de la Alcaldía en la que se dice que, atendiendo al valor del edificio, capacidad, situación y destino, resueta que el 18 de julio de 1938 debía corresponderle una renta de trescientas o trescientas cincuenta pesetas mensuales, máxime si no consta que en tal fecha estuviese alquilado el edificio.* [Sentencia 22 octubre 1952.]
16. DOCUMENTOS PRIVADOS: ARTÍCULO 1.227: *Sólo es de aplicación cuando el hecho a que se refiere únicamente puede probarse por el propio documento, y no cuando existen otras pruebas que, conjuntamente, han sido apreciadas por el Tribunal sentenciador.* [Sentencia 12 marzo 1953.]
- CONCORDANCIAS: V. las siguientes Sentencias en análogo sentido: 18 enero 1901, 16 abril 1910, 18 mayo 1927, entre otras.
17. PRUEBA DE PRESUNCIÓNES: IMPUGNACIÓN: *Para impugnar una presunción es preciso demostrar que no son ciertos los hechos en que se funda o que falta un perfecto enlace lógico entre éstos y las deducciones que de ellos se hagan.*
- SIMULACIÓN DE VENTA: *El hecho de intervenir una persona como testigo en un contrato de compraventa al día siguiente de haber comprado para sí la misma cosa, y el hecho de no haber, durante mucho tiempo, realizado actos de posesión son base suficiente para presumir la simulación de esa venta.*
- COMPROVANTA: ENTREGA DE LA COSA: *El artículo 1.462 del C. c. establece una presunción legal de entrega de la cosa que no está necesariamente en contradicción con la presunción de que el supuesto comprador no sea considerado nunca dueño de la cosa.* [Sentencia 4 febrero 1953.]
18. PRUEBA DE PRESUNCIÓNES: "ENLACE PRECISO Y DIRECTO": IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN: *Es impugnable en casación la apreciación de la prueba cuando en ella se ha incidido en evidente error al no guardar entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, el enlace preciso y directo que exige el artículo 1.253 del Código civil.* [Sentencia 29 abril 1953.]
19. LAS PRESUNCIÓNES: REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD: *La apreciación de la prueba de presunciones corresponde a la Sala de instancia, y contra tal apreciación solamente puede prosperar el recurso de casación o de injus-*

ticio notoria cuando se impugne en forma la realidad o certeza del hecho que sirva de base a la presunción o cuando entre tal hecho y el que se deduce no haya un enlace preciso y directo, por no haberse sujetado la deducción a las reglas indeterminadas del criterio humano y resultar aquella absurda, ilógica o inverosímil. [Sentencia 19 mayo 1953.]

OBSERVACIONES: Se confirma la doctrina reiteradamente sentada por el T. S., entre otras sentencias, en la de 24 marzo 1950.

20. PRUEBA DE PRESUNCIÓNES: SIMULACIÓN: V. S. 23 junio 1953 (IV, 3).

21. PRESCRIPCIÓN: COMIENZO: ACCIÓN DE REVISIÓN DE RENTA: DERECHO COMÚN Y DERECHO ESPECIAL: *La norma general del artículo 1.969 del C. C. cede ante la especial del artículo 130 de la LAU.* [Sentencia 6 junio 1952.]

22. CADUCIDAD: INTERRUPCIÓN DEL PLAZO: V. S. 8 julio 1953 (III, 52).

## II. Derechos reales.

1. RETRACTOS LEGALES: V. S. 28 abril 1953 (III, 21).

2. RETRACTOS LEGALES: V. S. 9 mayo 1953 (III, 20).

3. RETRACTOS LEGALES: EJERCICIO DE TALES DERECHOS: V. S. 8 julio 1953 (III, 52).

4. PRECARIO: NATURALEZA: *La esencia del precario está constituida por la ocupación o disfrute de cosa ajena por quien, al carecer de título alguno que a ello le dé derecho, sólo puede atribuir su continuidad en tal estado a la tolerancia que le dispensa el poseedor real.* [Sentencia 6 diciembre 1952.]

El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación y declara que al concurrir en la demanda las circunstancias de citaciones previas e incomparecencia, "necesariamente se habían de atener los juzgadores de instancia a lo ordenado por el artículo 1.593 de la LEC. en su párrafo tercero, tomando como base para dar lugar o no al desahucio, según con arreglo a ellos procediere, los expuestos en la demanda, y como en esta se afirma: a), la calidad que asistía a la demandante de arrendataria exclusiva del cuarto tercero de la casa número ..... de la calle de .....; b), la convivencia en el mismo, sin título alguno, de la demanda, y c), el requerimiento con la antelación y finalidad que la ley precisa, la obligada aceptación de estos hechos imponía, tanto al Juez, que así lo entendió como la Sala sentenciadora, la procedencia de decretar el desahucio, porque la certeza de aquellos extremos acreditaba la del precario fundamental de la acción ejercitada por parte legítima y cuya esencia está constituida por la ocupación o disfrute de cosa ajena por quien al

carecer de título alguno que a ello le dé derecho, sólo puede atribuir su continuidad en tal estado a la tolerancia que le dispensa el poseedor real" (Considerando 3.º), y que los hechos "de que entre ambas (la demandante y la demandada) existía relación de copropiedad sobre el Balneario de Zuazo, cuya administración radicaba en la vivienda objeto del desahucio, de la que es arrendataria exclusiva la actora, y de que a veces había convivido con ella la demandada, carecen manifiestamente de consistencia y eficacia para el efecto de destruir la presunción del precario, puesto que ni consta ni se afirma de manera alguna que la copropiedad del establecimiento balneario comprenda la del domicilio referido, ni la convivencia a que antes se alude excluye el concepto de precario cuando tiene su causa en la condescendencia de la ocupante de la vivienda por virtud de contrato de arrendamiento" (Considerando 5.º).

5. PROTECCIÓN REGISTRAL: EL ARTÍCULO 34 L. H. Y SU PROTECCIÓN EN CASO DE SIMULACIÓN DE CONTRATO: V. S. 3 junio 1953 (III, 66).

6. DOBLE INMATRICULACIÓN: ARTÍCULO 313 REGLAMENTO HIPOTECARIO: MEJOR DERECHO: USUCAPIÓN: "SECUNDUM TABULAS": LA POSESIÓN EN NOMBRE DE OTRO: *Debe declararse que tiene mejor derecho en un caso de doble inmatriculación aquel que, por la posesión real continuada durante el periodo de prescripción, ha vigorizado su título inscrito sobre las fincas que el Registro y el estado posesorio, concordantes, le atribuyen.* [Sentencia 18 mayo 1953.]

OBSERVACIONES: El artículo 313 R. H. reserva al juicio declarativo correspondiente la declaración del mejor derecho que resuelva el conflicto planteado por una doble inmatriculación. En el caso de autos, el Tribunal Supremo decide la existencia de este mejor derecho en el titular registral que era, a la vez, usuariante y resultaba, por tanto, beneficiario de la pseudo-usuacipación tabular establecida en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria.

Incidentalmente aclara el Tribunal Supremo que el arrendador es también poseedor a los efectos prescriptivos, pues el arrendatario es poseedor en nombre de otro, precisamente del arrendador. Ratifica así la buena doctrina interpretativa de los artículos 431 y 432 del Código civil que recientemente hemos podido ver enturbiada en un artículo doctrinal (D. I.).

### III. Derecho de obligaciones

1. ARTÍCULO 1.124 C. C.: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: ES DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: *El artículo 1.124 del Código civil es de interpretación restrictiva mientras no se patentice una voluntad deliberadamente rebelde de uno de los contratantes.* [Sentencia 26 junio 1952].

2. OBLIGACIONES CONDICIONALES: V. S. 28 abril 1953 (67).

3. MOROSIDAD: SUS REQUISITOS: *No puede considerarse deudor moroso aquel a quien se reclama mayor cantidad que la debida.*

**OBLIGACIONES A PLAZO: CONCESIÓN TÁCITA: REQUISITOS: PRUEBA:** *El hecho de que el acreedor admitiese al deudor recibos a cuenta no es bastante para acreditar, por si solo, que se tratara de una obligación a plazo.* [Sentencia 2 junio 1953.]

**4. LA FUERZA MAYOR: SUS EFECTOS SOBRE EL CONTRATO:** *La fuerza mayor, en materia de obligaciones por ella afectadas, opera unas veces en forma definitiva, extinguiendo la prestación del deudor, y otras veces actuando retardando el cumplimiento de la obligación, la cual generalmente revive al cesar los efectos de la fuerza mayor, salvo que el contrato haya perdido su valor por haberse estipulado un término fijo de cumplimiento inexcusable, transcurrido el cual ya no es posible conseguir la finalidad perseguida por las partes.*

**ENRIQUECIMIENTO INJUSTO:** *La circunstancia de que el precio señalado a la mercancía en el contrato sufriera posteriormente elevación en el mercado no ofrece base jurídica para apreciar enriquecimiento de una parte y empobrecimiento de la otra, calificados de injustos o torticeros, salvo casos excepcionales en que deba tener encaje justificado la acción revisoria del precio por aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus".* [Sentencia 24 septiembre 1953.]

**5. PAGO CON SUBROGACIÓN: PAGO POR UN TERCERO SIN INTERÉS EN LA OBLIGACIÓN:** *Cuando el tercero que paga no tiene interés en la obligación, es preciso, para que la subrogación se presuma, que el pago se haga con aprobación, expresa o tácita, del deudor.* [Sentencia 14 julio 1953.]

"... el artículo 1.210 del C. c. señala dos casos que tienen efectos distintos y que son pago por personas interesadas en el cumplimiento de la obligación y pago por persona que no tenga interés en ella, resultando de dicho artículo que cuando el que paga por el deudor tiene interés en la obligación, basta esto para que la subrogación se presuma; pero cuando el que paga no tiene tal interés, es preciso, para que la subrogación se presuma, que el pago se haga con aprobación expresa o tácita del deudor, lo que se explica teniendo en cuenta que el deudor no debe estar obligado a aceptar un nuevo acreedor que pueda ser más duro o exigente que el acreedor con quien contrató" (Considerando 4º).

**6. PAGO A UN TERCERO SIN DERECHO A COBRAR:** *Es ineficaz el pago hecho durante la guerra de liberación a elementos del Frente Popular a favor de los cuales no estaba constituida la obligación, ni estaban autorizados para recibirla o para exigir su cumplimiento, sino que obraban por virtud de un despojo que el derecho no puede convalidar.*

**PAGO HECHO A UN TERCERO DE BUENA FE:** *Tratándose de un crédito que había sido objeto de una explotación no ignorada por el deudor, no puede admitirse la existencia de buena fe, sin que pueda confundirse ésta, acto del entendimiento, con el temor, coacción sobre la voluntad.* [Sentencia 12 junio 1953]

7. COMPENSACIÓN: PRETENDIDA POR EL FIADOR: *En tanto no verifique el pago, no puede el fiador subrogarse en los derechos del acreedor contra el deudor y carece de la acción que confiere el artículo 1.838, por lo que no tiene título de crédito que pudiera esgrimirse en compensación.* [Sentencia 16 junio 1953.]

8. NOVACIÓN: *No puede estimarse que exista respecto de un contrato de arrendamiento por el solo hecho de que los recibos, girados inicialmente a nombre de la Sociedad arrendataria, lo sean después al del Gerente de aquella que, en tal carácter, intervino en el contrato de inquilinato.* [Sentencia 30 octubre 1952.]

9. NOVACIÓN: DECLARACIÓN TERMINANTE: *Que se declare terminantemente la extinción de una obligación y su sustitución por otra, es, en la novación, requisito independiente del imprescindible "animus novandi", sin que pueda confundirse con éste.* [Sentencia 9 abril 1953.]

10. NOVACIÓN: *No puede deducirse que haya novación por sustitución de la persona del deudor, apoyándose sólo en un documento en el que un tercero se obliga a responder de ciertos gastos "en defecto" del deudor, máxime si tampoco consta el preceptivo asentimiento del acreedor.* [Sentencia 29 abril 1953.]

11. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: USO PACTADO: *Arrendados unos locales para ser destinados a almacén, no cabe, sin más, restringir la calidad de los objetos almacenables a los que constituyan el tráfico de la empresa del arrendatario.* [Sentencia 26 junio 1952.]

12. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: V. S. 29 abril 1953 (26):

13. CLÁUSULA "REBUS SIC STANTIBUS": FINALIDAD: RESTRICCIÓN DE UN EMPLEO: *Admitida la posibilidad de su aplicación para restablecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones contrariales, es necesario para ello que lo demanden imperiosa e inexcusablemente circunstancias muy calificadas.* [Sentencia 14 mayo 1952.]

OBSERVACIONES: Dentro de la vaguedad con que es inevitable producirse en esta materia de revisión judicial de los contratos (ya se aplique la teoría de la cláusula "rebus sic stantibus", ya otras que pretenden análogo resultado, como la de la base del negocio, la de la presuposición, la del riesgo imprevisible, etc.), resulta clara la orientación del Tribunal Supremo de restringir su empleo, aplicándolas sólo en casos de excepcional gravedad (D. I.).

14. CONTRATOS: EFECTOS DE LA ACCIÓN DE NULIDAD: ARTÍCULO 1.304 CÓDIGO CIVIL: ENRIQUECIMIENTO DEL INCAPAZ: SU MOCIÓN: *Para que exista enriquecimiento del incapaz en el sentido del artículo 1.304 del C. c., no basta que un determinado valor le haya sido entregado, puesto que ha podido dilapidarlo, aunque tampoco es preciso un aumento de fortuna con*

*el empleo que se haya dado a la cantidad percibida. Basta simplemente el ingreso de un acantilado de dinero u objetos en su patrimonio de un modo real y efectivo [Sentencia 15 febrero 1952.]*

*“... porque el concepto de ese enriquecimiento no está constituido por un aumento de fortuna con el empleo que se dé al precio recibido por el incapaz, sino por el ingreso de una cantidad de dinero u objeto en su patrimonio de modo real y efectivo, y por ello no basta, según constante jurisprudencia, que ese valor haya sido entregado al incapaz, porque éste, por su defecto mental o su vicio, ha podido dilapidarlo o destruirlo sin provecho para él” (Considerando 3.º).*

**OBSERVACIONES:** En el mismo sentido, Sentencia 9 febrero 1949. Véase también la de 22 octubre 1894, insistiendo en la idea de que no basta la entrega, sino que es necesario, para que exista enriquecimiento, un aumento o beneficio patrimonial.

15. CONTRATO MIXTO: V. S. 17 febrero 1953 (61).

16. PROMESA DE COMPRAS: CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO: Véase S. 27 enero 1953 (51).

17. COMPRAVENTA: ENTREGA DE LA COSA: VALOR DE LA PRESUNCIÓN LEGAL DEL ARTÍCULO 1.462: V. S. 4 febrero 1953 (I, 17).

18. COMPRAVENTA: PRECIO CIERTO: ARTÍCULO 1.447: *Celebrado un contrato por el que se ceden unos trabajos y estudios hidroeléctricos por un precio cierto fijado en cincuenta pesetas por caballo de fuerza que sea concedido, no puede exigirse el precio ni el anticipo del diez por ciento que se estipuló, mientras no se acrede la concesión administrativa, pues falta la condición necesaria para la determinación del precio. [Sentencia 18 mayo 1953.]*

*“... que en el mismo contrato trata de establecerse el pago de un anticipo a cuenta del precio total, fijando dicho anticipo en el “diez por ciento de la total cantidad en que se fijó el valor de la cesión, que, como se ha dicho, era de 50 pesetas por cada caballo de fuerza “concedido”, es decir, que se fija un precio total cierto, mediante el conocimiento de los caballos concedidos, pero carente de certeza hasta que llegue la concesión, de tal manera que si ésta es denegada, no llegaría a haber precio alguno, ni en consecuencia, podría determinarse la décima parte del mismo” (Considerando 3.º).*

*“... que la sentencia recurrida, al estimar la existencia de un precio cierto, para condenar al pago de parte alícuota del mismo, cuando todavía no había llegado la condición necesaria para su determinación, ha infringido por su indebida aplicación al caso el artículo 1.445 del C. c., infracción que, acusado como motivo cuarto del recurso interpuesto por ....., obliga a dar lugar al mismo por dicho motivo” (Considerando 4.º).*

**OBSERVACIONES:** Resulta perfectamente clara la doctrina jurisprudencial. No puede exigirse un anticipo consistente en parte alícuota del precio total en tanto no se produzca el evento que ha de servir para determinarlo. Pero la citada sentencia, o por mejor decir, el contrato que dió lugar al litigio en ella resuelto, nos sugiere el problema de la conceptualización jurídica del contrato. En concreto, si el mismo es aleatorio o condicional.

Si aplicamos a dicho contrato el criterio de la Sentencia de 14 noviembre 1911, según la cual lo característico de los contratos aleatorios es que el equivalente de lo que una parte ha de dar o hacer no está bien determinado desde el momento de su celebración, habría que calificar al contrato como aleatorio.

Por el contrario, atendiendo al criterio de la perfección del contrato, en que se fija la Sentencia de 20 noviembre 1915, no cabría considerarlo como aleatorio, pues éste "queda desde el primer momento perfecto y no es la obligación misma, sino las ganancias o pérdidas las que están subordinadas al acontecimiento futuro". Esta tesis parece más firme.

Pero es que en el contrato en cuestión hay dos eventos, dos acontecimientos inciertos con diversa significación y sentido:

- a) la obtención de la concesión administrativa.
- b) su contenido.

Del primero depende nada menos que la perfección del contrato. Sin concesión no hay posibilidad de determinar el precio de la cesión, y falto de este elemento esencial, el contrato no existe.

Del segundo, contenido de la concesión (número de caballos que se concede), depende la cuantía del precio y, en cierto modo, la ganancia o pérdida de las partes.

Obtenida la concesión administrativa queda determinado el precio. Esta determinación es ajena a la voluntad de las partes, y procede de un tercero (la administración), por lo que hay que excluir el aspecto de una eventual e impropias ganancia o pérdida de las partes, para encuadrar el problema en el marco del artículo 1.447 del C. c. Hay un "alea" o azar, carente de entidad o energía suficiente para colorear al contrato de aleatoriedad. (D. I.)

**19. COMPRAVENTA SIMULADA: PRÉSTAMO USURARIO:** *La afirmación hecha por la Sala sentenciadora de que la compraventa de una finca con pacto de retro, documentada en una escritura pública es simulada y que el contrato realmente celebrado es un préstamo usurario, que el prestatista pretendió garantizar con la finca del prestatario, sólo puede combatirse en casación demostrando el error de derecho cometido por la Sala, con citación de la norma legal relativa a la valoración de la prueba que hubiera infringido o el error de hecho resultante de documentos o actos auténticos demostrativos de su evidente equivocación, todo ello interpretado en la forma que ha venido estableciéndose por la Jurisprudencia de esta Sala en relación a los préstamos usurarios. [Sentencia 16 febrero 1952.]*

El T. S. no da lugar al recurso, declarando "que las mencionadas declaraciones hechas por la Sala sentenciadora como consecuencia del resultado ofrecido por las pruebas, solamente hubieran podido ser impugnadas eficazmente al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la LEC, demostrando el error de derecho cometido por la Sa'a, con citación de la

norma legal relativa a la valoración de la prueba que hubiera infringido o el error de hecho resultante de documentos o actos auténticos demostrativos de su evidente equivocación, todo ello interpretado en la forma que ha venido estableciéndose por la jurisprudencia de esta Sala con relación a los préstamos usurarios, y aunque por el recurrente se denuncian ambos errores en los motivos primero y segundo del recurso, resulta que el documento en que pretende fundarlos es la propia escritura de 5 de julio de 1943, sosteniendo que en ella se contiene en realidad una compraventa en contra del criterio de la Sala que ha declarado la simulación de la misma, y al hacer el recurrente supuesto de la cuestión que se debate, caen por su base dichos dos motivos del recurso..." (Considerando 2.º)

20. RETRACTO DE COMUNEROS: PARTE DE COSA COMÚN ACCESORIA DE COSA INDEPENDIENTE: *Al venderse con la cosa principal una parte indivisa de cosa accesoria, no cabe el ejercicio del retracto por formar ambas una unidad inmobiliaria.* [Sentencia 9 mayo 1953.]

Se trataba de una finca que fué adjudicada pro indiviso a siete personas que dividieron materialmente el terreno labrantío e inculto en siete partes, dejando indivisa la casa cortijo con su era o anchuras para su utilización como dependencia proporcional de cada una de las siete fincas independientes. Dos de los propietarios vendieron sus respectivas parcelas y las partes indivisas correspondientes a la casa-cortijo. Otro propietario interpuso demanda de retracto en cuanto a los dos séptimos indivisos. Ganado el pleito en primera instancia fué perdido en la apelación. El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

21. RETRACTO DE COLINDANIES: SUCESIVOS ADQUIENTES: *La demanda de retracto ha de dirigirse bien mediante ampliación o acumulación de ellas, no sólo contra el primer comprador, con motivo de cuya adquisición surgió el derecho de retracto, sino también contra los sucesivos adquirentes. Cuando el actor carece después de presentada la demanda la enajenación posterior, está obligado a dirigir la acción conjuntamente contra los dos adquirentes, y solicitada esta ampliación, deben los jueces otorgarla, si se halla el juicio en el período expositivo.*

FINALIDAD DEL RETRACTO: *El fin del retracto, que es ir contra la atomización de la propiedad, la permanente indivisión del dominio en común, o la continuada desmembración del mismo, no permite que el ejercicio de la acción a que da derecho, que es de carácter real y sobre la cosa misma, sea satisfecha de otra manera que con la cosa objeto de aquél.* [Sentencia 28 abril 1953.]

22. ARENDAMIENTO DE INDUSTRIA: LEGISLACIÓN APLICABLE: *Es arrendamiento de industria, exceptuado de la legislación especial de alquileres, el de locales y enseres destinados privativamente a una industria que anteriormente se entregó en pleno funcionamiento.* [Sentencia 24 junio 1952.]

23. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO Y DE ALGUNO DE LOS ELEMENTOS QUE SE USAN EN SU UTILIZACIÓN: *No hay arrendamiento de industria y si sólo de local de negocio con algunos elementos que se usan en su utilización cuando se acredita que con los efectos entregados, el arrendatario se encontraba en la imposibilidad de explotar industrialmente el local arrendado.* [Sentencia 12 marzo 1952.]

24. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: CALIFICACIÓN: *La circunstancia de que la arrendataria de un piso destinado a vivienda ejerciera en ella una actividad de enseñanza como licenciada en Filosofía y Letras debidamente colegiada y pagando la contribución correspondiente, no es bastante por sí sola para asignar al piso arrendado el carácter de local de negocio.*

ARRENDAMIENTO URBANO: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL ARRENDADOR: NOTIFICACIÓN: *Habiéndose cumplido por el arrendador el requisito de previa notificación, antes de promover la demanda solicitando la resolución del contrato de arrendamiento ante el Juzgado municipal, que no decidió sobre el fondo de la acción entablada por haberse declarado incompetente, no es preciso que tal notificación se practique de nuevo antes de formalizarse la demanda ante el juez competente.*

ARRENDAMIENTO URBANO: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL ARRENDADOR: CIRCUNSTANCIAS QUE HAN DE HACERSE CONSTAR EN LA NOTIFICACIÓN: *No es preciso hacer constar expresamente en ellas la fecha en que el propietario desea ocupar la vivienda, bastando con que se practique con un año de ante acción al ejercicio de la acción.* [Sentencia 8 julio 1953.]

25. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: CALIFICACIÓN: *Las farmacias son locales de negocios a los efectos de la LAU.*

RETRACTO ARRENDATARIO: REQUISITOS: NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR DE LA DECISIÓN DE TRASPASAR: *La omisión en dicha notificación de precio de las existencias e instalaciones, no puede oponerse a la validez de la oferta y la aceptación, cuando el precio notificado era, exclusivamente, el relativo al traspaso del local.*

DERECHO DE TANTEO: NATURALEZA: *El derecho de tanteo corresponde al arrendador por ministerio de la ley, y cuando el arrendador, apoyándose en la ley, acepta la oferta, el contrato que se celebra no es un contrato preparatorio, sino el definitivo del traspaso del local de negocio hecho en favor del arrendador y en virtud del cual el arrendatario queda obligado a eregar el local.*

DERECHO DE TANTEO: REQUISITOS: *El arrendador que ejerce el tanteo, a consecuencia de un proyectado traspaso del local de negocio arrendado, tiene obligación de ejercer industria o comercio en el local mismo, por el plazo mínimo de un año, pero no es preciso que la industria o comercio que ejerza sea de la misma clase que la ejercida por el arrendatario.*

**DERECHO DE TANTEO: REQUISITOS:** *Para ejercitarse el derecho de tanteo no es precisa la formulación de demanda y la consiguiente consignación judicial si el arrendatario reconoce voluntariamente el derecho del arrendador.* [Sentencia 24 marzo 1953.]

**26. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: CALIFICACIÓN:** *No hay arrendamiento de industria sino cuando el objeto del contrato está constituido por un complejo de elementos materiales coordinados entre sí por su estructura y disposición, destinados a un uso industrial y en estado de funcionamiento, es decir, la universalidad patrimonial con vida propia a que se refiere el artículo 4.<sup>o</sup> de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y no hay arrendamiento de industria, sino de local de negocio, cuando el objeto del contrato fué el local en el cual el arrendatario, efectuando modificaciones, adaptándolo a sus necesidades con marca industrial y rótulos anunciadores propios, establece un negocio industrial, aunque éste sea de la misma naturaleza que el ejercitado anteriormente en el mismo local por el arrendador.*

**INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS:** *En la calificación de los contratos no está obligado el juzgador a pasar por la que las partes consignen en sus pactos, sino que por encima de las palabras ha de realizar la que sea más adecuada a los hechos constitutivos del contrato.* [Sentencia 29 abril 1953.]

**27. ARRENDAMIENTO CELEBRADO POR EL ADMINISTRADOR JUDICIAL DE UN ABINTESTATO: RATIFICACIÓN TÁCTICA:** *El arrendamiento celebrado, sin los requisitos legales, por el administrador judicial de un abindestato, se entiende ratificado tácitamente por los herederos del causante cuando éstos, personados en el juicio, no hicieron la menor oposición a las cuentas rendidas al Juzgado por aquél en las cuales se incluían los alquileres pagados por el demandante en concepto de arrendatario, tanto más cuanto que, ni durante la tramitación del abindestato ni después, se opusieron al percibo de tales rentas, ni impugnaron la validez del arrendamiento.*

**PAGO DE LA RENTA: CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO:** *El incumplimiento de la obligación de pago de la renta no priva al arrendatario de su carácter de tal, ni determina, por sí sola, la resolución del contrato, pues ello exigiría una declaración judicial, tanto más en los asuntos sometidos a la LAU, que permite enervar la acción de resolución y rehabilitar la plena vigencia del mismo mediante el pago, realizado durante el procedimiento, de las cantidades debidas.*

**RETRACTO DE FINCA ARRENDADA A UN SOLO ARRENDATARIO:** *El derecho de retracto corresponde al único arrendatario de toda la casa, aunque en ella existan un local de negocio y una vivienda.*

**RETRACTO DE FINCA ARRENDADA A UN SOLO ARRENDATARIO: ARRENDATARIO ÚNICO:** *La concesión gratuita y revocable al arbitrio del concedente, hecha por el arrendatario de una finca a un tercero, para que éste ocu-*

para una dependencia de la casa arrendada, no modifica el contenido del arrendamiento, que subsiste íntegramente sobre la totalidad de ella, [Sentencia 3 junio 1953.]

El demandante, hoy recurrido, ocupó la casa de autos, destinada a establecimiento mercantil, en 1938, con autorización del Ayuntamiento, concedida como consecuencia de las circunstancias anómalas producidas por la guerra de Liberación y abonando el ocupante cien pesetas mensuales en concepto de alquiler.

En la casa ocupada, además del local de negocio, existía una vivienda que también ocupó el demandante, como incluida en el propio arrendamiento.

En 1940, hallándose pendiente el juicio de abintestato de la propietaria de la casa, el administrador judicial se la arrendó, sin celebrar subasta pública, al propio demandante, que vino satisfaciendo el alquiler correspondiente hasta el año 1943.

El demandante, en fecha que no resulta determinada, concedió a un tercero el uso de una dependencia de la casa destinada a cuadra, concesión que se hizo a título gratuito y reservándose el concedente la facultad de revocarla a su arbitrio.

El heredero de la propietaria vendió, en agosto de 1948, la casa al demandado, hoy recurrente, sin notificar al arrendatario, demandante y recurrido, su decisión de vender, y el adquirente inscribió la finca en el Registro de la Propiedad, en virtud de expediente de dominio, al que no fué citado el demandante.

Este último presentó demanda de retracto, que fué desestimada en todas sus partes por el Juzgado de primera instancia.

En segunda instancia se revocó la sentencia apelada, declarando haber lugar a la demanda de retracto arrendatario.

Interpuesto recurso de injusticia notoria por el demandado, el Tribunal Supremo declara que *no ha lugar*, fundándose en las siguientes consideraciones: "que... si bien es cierto que tal autorización (la concedida por el Ayuntamiento) no era título bastante para establecer una relación arrendataria, en cuanto el Ayuntamiento no era dueño de la finca en cuestión ni actuaba con el correspondiente mandato, no es menos cierto que hallándose pendiente el juicio de abintestato de doña C. F. S., dentro de cuyo caudal relicto figuraba inventariada la mencionada casa, el administrador judicial se la arrendó al recurrente, quien vino satisfaciendo el alquiler correspondiente desde el año 1940 al 1943, con lo cual quedó legitimada la posesión en que se encontraba dicho recurrente, quien obtuvo el carácter de arrendatario en virtud de tal título, cuya eficacia no puede desconocerse porque el arrendamiento no se hiciera mediante subasta pública, como exige el artículo 1.022 de la LEC para los establecimientos comerciales, porque celebrado el contrato y satisfechos por el arrendatario los alquileres durante los años indicados, el administrador judicial incluyó tales alquileres en las cuentas que hubo de rendir ante el juzgado, sin que, no obstante hallarse personados en el juicio los herederos de la causante por medio de sus respectivos procuradores, hicieran la menor oposición a tales cuentas, como era lógico que lo hubieran hecho si entendían que el administrador judicial no podía percibir las rentas por haberse extralimitado del mandato al celebrar

un arrendamiento a que no le autorizaba la ley, y la actitud de las partes interesadas, al no oponerse al percibo de tales rentas, ni impugnar la validez del arrendamiento, no solamente durante el juicio de abintestato, sino después, hasta el punto de dejar transcurrir el plazo establecido por el C. c. para el ejercicio de las acciones de nulidad, constituye una ratificación tácita del arrendamiento celebrado por el administrador judicial..." (Considerando 1.º).

"Que aunque el artículo 64, refiriéndose al 63 de la LAU, reconoce el derecho de retracto a favor del inquilino o arrendatario en los casos en que en la finca existiera sólo una vivienda o local de negocio, no puede excluirse del precepto el caso de que el arrendatario de un local de negocio tenga en la propia casa su vivienda, porque sobre la literalidad de los términos del precepto está la razón que le sirvió de fundamento, que fué la necesidad de proteger al inquilino o arrendatario del piso o de la casa de que fuera único ocupante, contra los abusos del propietario, que vendiendo aquéllos podría provocar el desahucio, y como esta razón se da tanto en el caso de que el ocupante único de la casa lo sea de una sola vivienda o de un solo local de negocio o lo sea de ambas cosas al mismo tiempo, no puede considerarse infringido el artículo 63 de la mencionada ley" (Considerando 3.º).

28. ARRENDAMIENTO: USO DISTINTO DEL PACTADO: *No puede entenderse que existe, sólo porque el arrendatario de unos locales destinados a almacén acumule en ellos objetos distintos de los que constituyen el tráfico de su empresa.* [Sentencia 26 junio 1952.]

29. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: DESAHUCIO: V. S. 30 octubre 1952 (D. Pr., II, 1).

30. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEGISLACIÓN DEROGADA: VALIDEZ DE LA TRANSACCIÓN: *Exigido el acto de conciliación y siendo válidas las reciprocas concesiones que en él pudieran hacerse las partes, la misma validez hay que reconocer a las concesiones hechas por medio de escritura pública.* [Sentencia 14 mayo 1952.]

"... desde el momento que la legislación de alquileres exigió el acto de conciliación—artículo 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931—como medio de resolver amistosamente las diferencias surgidas entre los litigantes, tenía que admitir como válidas las reciprocas concesiones para llegar a una avenencia, y la misma validez hay que reconocer a esas concesiones cuando, en lugar de hacerse en acto de conciliación, se hacen por medio de escritura pública" (Considerando 2.º).

31. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: DERECHO TRANSITORIO: DERECHO DEL ARRENDATARIO A OCUPAR NUEVAMENTE EL LOCAL ARRENDADO EN CASO DE OBRAS: DECRETO 21 ENERO 1936: *El arrendatario tiene derecho a recuperar la posesión, no sólo en el caso de las obras a que se refiere el párrafo 1.º del artículo 8.º, sino también cuando, previa demolición, se re-*

constuye la finca con cambio de adhesión, y tal derecho se concreta al mismo local que ocupaba y no otro, arbitrariamente regido por el arrendador. [Sentencia 14 junio 1952.]

32. LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO TRANSITORIO: FIJACIÓN DE RENTA EN CASO DE OBRAS O RECONSTRUCCIÓN: *El principio general de retroactividad establecido en la Disposición transitoria primera no obsta a que los derechos y obligaciones nacidos bajo el imperio de la legislación precedente, se regulen por sus normas substantivas, siquiera el ejercicio de las correspondientes acciones deba acomodarse a las disposiciones procesales de la nueva Ley. Y así, en caso de obras o reconstrucción del edificio arrendado, es aplicable el artículo 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936, vigente en la fecha de la refacción, y no el artículo 108 LAU.* [Sentencia 14 junio 1952.]

“El principio general de retroactividad estatuido en la Disposición transitoria primera de la Ley de Arrendamientos Urbanos no obsta a que los derechos y obligaciones nacidos bajo el imperio de la Legislación precedente puedan y deban ser regulados por sus normas substantivas, siquiera el ejercicio de las correspondientes acciones deba acomodarse a las disposiciones procesales de la nueva Ley; y como en el caso de autos, al tiempo de dictarse la sentencia estimatoria del derecho del propietario al derribo del inmueble arrendado, regía en materia de arrendamiento de locales para el comercio y la industria, el Decreto de 21 de enero de 1936, a sus preceptos hay que atenerse en la presente litis, como lo hizo el Tribunal sentenciador, sin que por ello haya incidido en la infracción de la Disposición transitoria citada, cual se pretende en el motivo primero del recurso” (Considerando 1.º).

“... que al preceptuar el artículo 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936 y en los supuestos en él comprendidos, deberá tenerse en cuenta para fijar la renta del nuevo local, lo dispuesto en el apartado a) del artículo 6.º de dicha disposición, esto es, que la elevación del alquiler deberá consistir en el interés legal del capital invertido en la obra, al establecer el fallo recurrido que la renta ha de fijarse conforme a lo estatuido en el artículo 108 de la vigente Ley, no obstante, considerar que ésta es inaplicable al caso controvertido, incide, por aplicación indebida, en la infracción de este precepto, y asimismo en la de los primeramente citados por falta de aplicación, cometiendo, a este respecto, la injusticia notoria que se le atribuye en el motivo último del recurso” (Considerando 5.º).

33. ARRENDAMIENTO URBANO: APORTACIÓN DE LOCAL DE NEGOCIO A UNA SOCIEDAD: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: DERECHO TRANSITORIO: *La aportación del arrendamiento a una Sociedad que sustituye al arrendatario en el goce del local arrendado constituye una cesión del derecho arrendatario que es causa de resolución del contrato, tanto en la legislación anterior como en la vigente, cuando en tal cesión no han concurrido los requisitos exi-*

gidos para su validez según la legislación aplicable en la fecha de la reactivación de aquélla. [Sentencia 30 marzo 1953.]

Se trataba de un arrendamiento de local con prohibición de ceder o traspasar—celebrado antes de la vigencia de la LAU—, en la que el arrendatario, después de establecer en él su industria, constituye para explotarla una Sociedad Limitada a la que aportó dichos locales. La propietaria arrendadora presenta demanda de resolución del arrendamiento por traspaso de local no consentido. El Juzgado y la Audiencia estiman la demanda. Interpuesto por los demandados recurso de Injusticia Notoria por aplicación indebida del artículo 9.<sup>o</sup> del D. 21-1-36 y Capítulo 4.<sup>o</sup>, Sección 2.<sup>a</sup> LAU, y por inaplicación de la disposición transitoria 13, el T. S. no da lugar al recurso por la consideración arriba apuntada y por las siguientes:

“Que el artículo 9.<sup>o</sup> del Decreto de 21 de enero de 1936, vigente en la fecha en que la expresada cesión se realizó, solamente otorgaba el derecho de traspaso de su establecimiento al comerciante o industrial que justificase haber pagado cantidades al anterior arrendatario al comenzar a ejercer su actividad en el local arrendado por traspaso hecho con el consentimiento del dueño o cuando éste lo consintiera de una manera expresa, pero como ninguno de estos requisitos concurrieron en el caso discutido, es visto que la cesión realizada por el arrendatario en favor de la Sociedad L. N. no estaba amparada por ningún precepto legal y el arrendador no estaba obligado a reconocer el traspaso, como dice el precepto citado, por cuya razón, aplicando al caso tal disposición, en virtud de lo que previene la transitoria 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que no da carácter retroactivo a las causas de resolución de los contratos por la misma establecidos, es procedente decretar la resolución del contrato de arrendamiento mencionado” (Considerando 3.<sup>o</sup>).

“Que a la misma conclusión se llegaría si se entendiera que por haber continuado surtiendo sus efectos el traspaso realizado después de la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos, le eran aplicables los preceptos de la misma, porque entonces hubiera sido necesario dar cumplimiento a los requisitos que para la validez de tal acto se establecen en el capítulo 4.<sup>o</sup> de la Ley citada, y al no haberse cumplido tales requisitos había que decretar también la resolución del contrato con arreglo al artículo 149, causa tercera de la mencionada Ley, por todo lo cual no cabe estimar la infracción de las disposiciones legales que se citan en el recurso amparado en la causa tercera del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos” (Considerando 4.<sup>o</sup>).

34. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: POR TRASPASO NO CONSENTIDO: REGIMEN ANTERIOR A LA LAU: NO APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ANALÓGICO DEL ARTÍCULO 13 DE DICHA LEY: *La acción de resolución de un contrato de arrendamiento, por traspaso inconsentido tiene su fundamento en la efectuación de dicha cesión o traspaso a tercero sin la autorización del dueño, y procede aquella acción aunque en la demanda se atribuya el carácter de cesionario a una entidad determinada y*

en la sentencia de instancia se aprecie, en cambio, de los hechos que la cesión se realizó a otra entidad distinta.

*El D. de 21-1-38 es aclaratorio del de 29-12-31, por lo que el artículo 5.<sup>o</sup> de aquél, que establece ciertos motivos de desahucio en relación con los locales de negocio, no deroga las disposiciones de la letra D) del artículo 5.<sup>o</sup> del segundo, que establece como excepción a la prórroga forzosa el caso de subarriendo de local de negocio no consentido.*

*El arrendamiento de vivienda y el de local de negocio merecen del legislador tratamiento distinto, por lo que el artículo 36 de la LAU, que se refiere exclusivamente a las viviendas, no es aplicable a los locales de negocios, no obstante el criterio analógico que pregonó el artículo 13 de esta Ley. [Sentencia 18 abril 1953.]*

Celebrado en 1931 un contrato de arrendamiento de local de negocio con prohibición de ceder, subarrendar o traspasar, es continuado al fallecimiento del arrendatario por su hija doña C. S. E., que en 1937 celebró con la propietaria de la finca nuevo contrato. En 1944 notifica la arrendataria su propósito de traspasar a don M. B. G. como socio y representante legal de una Sociedad limitada. Después de varias instancias judiciales, la propietaria presenta demanda contra la arrendataria y contra la citada Sociedad, pidiendo la resolución del arrendamiento por traspaso no consentido. El Juzgado y la Audiencia dan lugar a la demanda—con la particularidad que la sentencia de esta última aprecia de los hechos que la cesión del local se realizó el 20-3-1946, cuando la arrendataria, doña C. S. E., constituyó con otros socios una Sociedad Comanditaria, a la que aportó la instalación y existencias del negocio que tenía aquella establecido en el referido local—. Interpuesto por la demandada recurso de Injusticia Notoria al amparo de los números tercero y cuarto del artículo 173 de la LAU, el Tribunal Supremo *no da lugar* al recurso por las consideraciones antes extractadas.

35. RETRACTO ARRENDATARIO: REQUISITOS: V. S. 3 junio 1953 (27).

36. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ELEVACIÓN DE RENTA: NOTIFICACIÓN AL ARRENDATARIO: REQUISITOS: *Las elevaciones de renta pretendidas por el arrendador deben ser notificadas por escrito al arrendatario con expresión de la cantidad y de la causa. [Sentencia 28 junio 1952.]*

37. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ELEVACIÓN DE RENTA NOTIFICADA AL ARRENDATARIO: EL SILENCIO DE ÉSTE: *El silencio del arrendatario debe interpretarse como aceptación tácita del aumento de renta y faculta al arrendador para girar el recibo, pero sin que tal aceptación enervé la acción revisoria que a aquél corresponde. [Sentencia 28 junio 1952.]*

38. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ACCIÓN REVISORIA DE RENTA: SUS REQUISITOS: *El ejercicio de la acción revisoria se halla subordinado a dos condiciones: que el arrendatario realice el pago de la renta incrementada; y que la demanda se formule dentro de los tres meses siguientes al primer pago. [Sentencia 28 junio 1952.]*

39. ARRENDAMIENTOS URBANOS: REVISIÓN DE RENTA: FALTA DE DECLARACIÓN DEL PROPIETARIO Y COMPROBACIÓN POR LOS TÉCNICOS DE HACIENDA: *A los efectos de revisión de renta, la fijación verificada por los técnicos de Hacienda como base fiscal, hecha con efectos retroactivos dentro del plazo que el propietario tenía para hacer la oportuna declaración, suple la falta de ésta.* [Sentencia 27 marzo 1952.]

“... teniendo el propietario en virtud de las disposiciones legales, tres meses siguientes a la fecha de vigencia del contrato para hacer la mencionada declaración, cuando, como en el caso presente, dentro del referido plazo se hace la correspondiente comprobación por los técnicos del Registro (fiscal) y ésta resulta coincidente o superior a la renta contractual y, además, se da a esta comprobación efecto retroactivo al comienzo del trimestre, aunque tal efecto se decrete con fecha posterior, no es justo ni equitativo aplicar al propietario la sanción civil de reducción de la renta, cuando la contribución por actos de la Hacienda, verificados en el período señalado para la declaración, resulta debidamente rectificada, por lo que no es admisible el primer motivo del recurso, ya que tal declaración resultaría prácticamente inútil en virtud de la comprobación a que se ha hecho referencia” (Considerando 2.º).

40. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ACCIÓN REVISORIA DE RENTA: COMIENZO DE LA PRESCRIPCIÓN: *La acción revisoria de renta debe ser ejercitada dentro del plazo de tres meses que señala el párrafo 2.º del artículo 130 LAU, y comienza a partir del día en que se realizó el primer pago, según el mismo precepto, ante cuya norma especial cede la general del artículo 1.969 del Código civil.* [Sentencia 6 julio 1952.]

41. ARRENDAMIENTOS URBANOS: REVISIÓN DE RENTA: CÓMPUTO DEL TRIMESTRE NATURAL: *El art. 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos concede al inquilino un derecho de revisión de renta cuando el propietario no haga la declaración de la nueva renta en los plazos fijados por las disposiciones fiscales. Y el plazo para ello, de acuerdo con el Decreto de 21 de mayo de 1948, interpretado por la sentencia de 1 de mayo de 1952, no es el resto del tiempo que falta para transcurrir el trimestre dentro del cual el contrato se verifica, sino un trimestre natural a partir de la fecha del contrato porque el trimestre natural, de acuerdo con el art. 7 del C. o., se compone de tres períodos de treinta días y debe distinguirse del trimestre fiscal.* [Sentencia 9 julio 1953.]

42. ARRENDAMIENTOS URBANOS: REVISIÓN DE LA RENTA: ACCIÓN DE RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 131 LAU: *Es prematuro su ejercicio cuando aún no ha transcurrido el plazo de un mes señalado en el artículo 129 a contar desde la notificación al arrendatario y resulta, por tanto, anterior a la eventual negativa tácita de éste.* [Sentencia 21 octubre 1952.]

43. EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA DEL ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA: POR NECESIDAD DEL ARRENDADOR: REQUISITOS DE LA NOTIFICACIÓN: *El requerimiento en el que se notifica de modo fehaciente al inquilino la*

necesidad en que se halla el arrendador de habitar la vivienda, la causa de esta necesidad y la razón por la que se elige la vivienda del arrendatario requerido, y dicándose de modo claro que no existen en los demás inquidinos circunstancias de prelación para ejercitarse contra ellos la acción de excepción a la prórroga, no puede considerarse ineficaz por el hecho de que se omitan en él todas y cada una de las circunstancias de los demás inquilinos.

**ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL ARRENDADOR: VIVIENDA AFECTADA:** Cuando el art. 79 de la LAU se refiere a las habitaciones que no sirven de hogar familiar, considerándose así las que no aparezcan permanentemente habitadas por persona a guna, es claro que es a expresión *hay que entenderla referida alinquillo y a las personas que por razón de parentesco puedan convivir con él*, pero no a los servidores que pueda dejar al cuidado de la casa, aun cuando éstos se hallen casados y con hijos, y la habiten por razón del contrato de arrendamiento de servicios, habitación que, a estos fines, es accidental.

**ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL ARRENDADOR: REQUISITOS:** La apreciación relativa a si la vivienda desalojada anteriormente en el edificio propiedad del arrendador es o no de características análogas a la que se solicita, es una cuestión de hecho que no puede combatirse más que a través de la causa cuarta del art. 178 de la LAU. [Sentencia 28 febrero 1953.]

44. **EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA DEL ARRENDAMIENTO URBANO: POR DERRIBO CON PROPÓSITO DE REEDIFICAR: REQUISITOS:** Para que proceda la causa segunda de excepción a la prórroga del contrato de arrendamiento de vivienda o de local de negocio —derribo para nuevas edificaciones—, la ley sólo exige la práctica de las notificaciones señaladas con las letras A y B en el art. 102 y la autorización gubernativa del derribo preventivo en el art. 115 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. [Sentencia 16 mayo 1953.]

45. **EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA DEL ARRENDAMIENTO URBANO: POR DERRIBO CON PROPÓSITO DE REEDIFICAR: REQUISITOS:** Para contraer el compromiso de reedificar a que se refiere e apartado a) del art. 102 de la LAU, no es preciso emplear palabras determinadas.

*El Gobernador civil es quien ha de juzgar sobre la suficiencia del modo en que dicho compromiso se haya contraído, y contra su resolución no cabe recurso alguno.* [Sentencia 30 enero 1953.]

El T. S. declara que *ha lugar* al recurso por considerar “que en la sentencia recurrida al negar validez a la autorización concedida por el gobernador civil, para el derribo del inmueble de que se trata, por estimar “de una gran imprecisión y vaguedad” los términos en que se contrajo ante aquella autoridad el compromiso exigido por el artículo 102.

de la LAU, infringe, por su errónea interpretación, los preceptos legales contenidos en dicho artículo y en el 115, porque, como se ha dicho, ni el primero obliga a emplear palabras determinadas para contraer tal compromiso, ni el segundo autoriza recurso alguno contra la resolución del gobernador, infracción que, alegada como causa del recurso de injusticia notoria, debe dar lugar al mismo, como 3.<sup>a</sup> del artículo 178 de la LAU". (Considerando 2.<sup>o</sup>)

46. ARRENDAMIENTO: RESOLUCIÓN AL EXTINGUIRSE EL DERECHO DEL USUFRUCTUARIO-ARRENDADOR: *Al fallecimiento del usufructuario-arrendador se produce de derecho la resolución del contrato por entrar en juego el artículo 480 del C. a., que no ha sido derogado por la legislación especial reguladora de los arrendamientos urbanos.* [Sentencia 24 junio 1952.]

CONCORDANCIAS: V. las sentencias de 18 junio 1932 y 5 diciembre 1941, y, sobre todo, la de 14 mayo 1952, en este mismo volumen del ANUARIO.

47. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR OBRAS NO CONSENTIDAS: *Las obras consistentes en la construcción por el arrendatario sin consentimiento del propietario de la casa arrendada, de un tabique en el piso bajo separando el estable del local destinado a guardar los piensos para las vacas, y de una ducha en el terrado, suponen una mutación de la configuración de la finca, que da lugar a la resolución del arrendamiento, tanto más cuanto que la ducha construida debilitó los materiales empleados en la construcción.* [Sentencia 5 febrero 1953.]

A) El T. S. declara que *ha lugar* el recurso fundándose para ello en las consideraciones siguientes: que la Sala sentenciadora "... no tuvo en cuenta que sobre ser notorio que aquellas (obras) suponen una mutación de forma no permitida por la Ley, el perito arquitecto, al contestar a la pregunta relativa a si las reparaciones efectuadas o a efectuar pudieron ser producidas por la ducha construida en el terrado superior, manifestó que, por la circunstancia de tener aquélla su desagüe libre totalmente por la superficie del terrado, podía, a causa del mal estado del mismo, ocasionar filtraciones, las cuales no eran favorables a la construcción, incidiendo por ello en error al apreciar tal prueba y procediendo, por tanto, la anulación del fallo recurrido" (Considerando 1.<sup>o</sup>), y que "...al practicar el arrendatario sin consentimiento del arrendador obras que sobre modificar la configuración de la finca, debilitaron los materiales para la construcción, hasta el punto de tenerse que reconstruir parte del terrado, procede estimar la acción ejercitada...". (Considerando 2.<sup>o</sup>).

B) En el primer considerando de la sentencia, el Tribunal Supremo parece dar a entender que en la sentencia recurrida se incidió en error al apreciar la prueba pericial, consistente en el informe del "perito arquitecto". A este propósito conviene recordar que el artículo 632 LEC declara que "los Jueces y los Tribunales apreciarán la prueba pericial

según las reglas de la sana crítica, "sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos". Parece evidente, por tanto, que esta materia no puede ser combatida alegando error en la apreciación de la prueba. Por otra parte, es de observar que el arquitecto no dijo que la ducha debilitará la construcción, sino que "podía" ocasionar filtraciones, las cuales no eran favorables a la construcción" (J. S-B).

48. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: CAUSA 7.<sup>a</sup> DEL ARTÍCULO 149 LAU: SUBSTANCIAS PELIGROSAS: *El Tribunal Supremo puede estimar la peligrosidad basándose en el nomenclátor de la Real Orden de 17 de noviembre de 1925 y en la prueba practicada. [Sentencia 18 octubre 1952.]*

"que aún cuando en el caso citado en la sentencia de 27 de mayo de 1950, esta Sala estimó que corresponde a la Sala de Instancia apreciar la peligrosidad de determinadas substancias, sin sujetarse a la Real Orden de 17 de noviembre de 1925, antes citada, y el nomenclátor en ella publicado, ello no quiere decir que la Sala no pueda, en casos como el presente, basándose en dicha disposición y en el resultado de las demás pruebas estimar la existencia de dicha peligrosidad" (Considerando 4.<sup>o</sup>).

49. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR RUINA DE LA FINCA: JUEZ COMPETENTE: ACUMULACIÓN DE ACCIONES: *Procede la acumulación de las acciones ejercitadas por el propietario de una finca contra los arrendatarios de viviendas y contra los de locales de negocio, en virtud de cuyas acciones se pide la resolución de sus respectivos arrendamientos por ruina de la finca, siendo competente, por lo tanto, el Juez de Primera Instancia no sólo respecto de los arrendamientos de local de negocio, sino también respecto de los de vivienda.*

ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR RUINA DE LA FINCA: DECLARACIÓN DE RUINA: *Declarada por la autoridad municipal la ruina del edificio en el expediente contradictorio substanciado con los requisitos legales, procede la resolución del arriendo, cualquiera que sea el grado de ruina en que se halle el edificio y, por tanto, aunque ésta sea sólo incipiente. [Sentencia 19 diciembre 1952.]*

El Juez de primera instancia se declaró competente para conocer de las acciones entabladas, tanto contra los arrendatarios de los locales de negocio de la finca ruinosa como contra los arrendatarios de las viviendas de la misma. En cuanto al fondo del asunto denegó la resolución de los arrendamientos que solicitaba el demandante.

Apelada la sentencia por éste, la Audiencia Territorial de Valladolid declaró que el Juez de primera instancia era competente para conocer de las acciones dirigidas contra los arrendatarios de locales de negocio, pero no de las entabladas contra los arrendatarios de viviendas. Resolvió, en cuanto al fondo, que no procedía la resolución solicitada.

El Tribunal Supremo da lugar al recurso de injusticia notoria interpuesto por el demandante, declarando "que al acoger el fallo recurrido la excepción dilatoria opuesta por los demandados, y declarar la incompetencia del Juez de primera instancia para conocer de la demanda, por lo que se refiere a los locales conceptuados como viviendas, limitándose a resolver la pretensión dirigida contra los arrendatarios que, en la propia finca, ocupan locales de negocio, incide en la infracción de los preceptos que se citan en el motivo primero del recurso, por no advertir que en supuestos como el presente se modifican, por conexión inicial, las reglas normales de competencia, ya que siendo una sola la parte actora, idéntica la cosa litigiosa, y una misma, también, la razón de pedir, o sea la resolución del arriendo por ruina de la finca, de no prorrogarse la competencia al Tribunal de grado superior, y simultanear los distintos procesos para que sean resueltos por una sola sentencia, se dividiría, inevitablemente, la continencia de la causa, desnaturalizando así la finalidad de la acumulación que, sobre basarse en principios de economía procesal, tiende esencialmente a evitar el grave peligro de fallos contradictorios" (Considerando 1.º).

"Que la Sala sentenciadora... desestima la demanda, por entender que, para aplicar esa norma (art. 149, causa 9.ª de la LAU), ha de estar el edificio en un estado de ruina tal que haga necesario su desalojamiento, y porque, además, aunque la autoridad municipal declaró la construcción en segundo período de ruina, es decir, en estado de ruina propiamente dicha, como también agregó que se hacía preciso tomar medidas de previsión urgentes, para evitar los accidentes, que se producirían de no ejecutarse ciertas obras de consolidación, que podían practicarse sin desalojar las viviendas, el acuerdo, examinado en conjunto, más que una declaración de ruina es la manifestación de la necesidad de unas obras para evitar el avance de un proceso destructivo iniciado en el inmueble." (Considerando 2.º).

"Que al argumentar así el fallo recurrido incide en las infracciones que se invocan en el motivo tercero del recurso; en primer lugar, porque es tan claro el texto de la causa novena del artículo 149, que no cabe darle, en buena lógica, más que una interpretación estricta; y, consiguientemente, declarada por la autoridad municipal la ruina del edificio en el expediente contradictorio substanciado con los requisitos legales, se hace forzoso acceder a la resolución del arriendo, cualquiera que sea su grado, puesto que la Ley no distingue y, por tanto, aunque la ruina sea "incipiente", como dice la sentencia de esta Sala de siete de abril de 1948; y en segundo término, porque la competencia de la autoridad municipal, en supuestos como el de autos, está limitada a afirmar o negar el estado de ruina, y, sólo en el caso de que sea ésta inminente, disponer el desalojamiento, aunque la resolución no fuere firme; y como quiera que en el expediente referido se declaró que la finca se hallaba en estado de ruina propiamente dicha, aunque no inminente, no cabe estimar que esta fundamental declaración objeto del expediente contradictorio, para la que la autoridad municipal fué legalmente requerida, pueda interpretarse como manifestación de la necesidad de unas obras

consideradas por aquélla de urgencia, puesto que tal prevención, puramente gubernativa, ni modifica la calificación explícita de ruina, ni, en modo alguno, la enerva, antes al contrario, viene, sin duda, a corroborarla." (Considerando 3.º).

50. ARRENDAMIENTOS URBANOS: SU DURACIÓN: LA LEY ESPECIAL Y EL ARTÍCULO 480 DEL CÓDIGO CIVIL: *El arrendamiento urbano pactado por el usufructuario como arrendador, se resuelve al extinguirse el derecho del usufructuario, sin que el arrendatario tenga derecho a la prórroga forzosa, pues la legislación especial de alquileres no derogó el artículo 480 del Código civil.* [Sentencia 14 mayo 1952.]

OBSERVACIONES: Las disposiciones legislativas reguladoras con carácter de remedio circunstancial de los arrendamientos rústicos y urbanos plantearon dudas, que volvieron a reproducirse con la promulgación de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, sobre su aplicación a los contratos de arrendamiento de un usufructo, y en especial, si sus preceptos han tenido la virtualidad de derogar el artículo 480 del Código civil.

Recogiendo la doctrina de las Sentencias de 18 de junio 1932 y sobre todo de 5 diciembre 1941, el Tribunal Supremo les niega tal virtualidad derogatoria, afirmando que el contrato de arrendamiento pactado por el usufructuario como arrendador se extingue al resolverse el derecho del usufructuario. Hay para ello fuertes razones:

1.º Analogía.—La legislación especial de arrendamientos rústicos exceptúa expresamente del ámbito de su aplicación el arrendamiento de fincas rústicas poseídas en usufructo y el artículo 9 de la Ley de arrendamientos rústicos de 1935, en su párrafo 5.º, armoniza expresamente su contenido con el del artículo 480 del Código civil en relación con el 513 del mismo Cuerpo legal. "Ubi est eadem ratio eadem et iuris dispositio esse debet". Y sería injusto que el legislador, en dos leyes dictadas con igual tendencia tuitiva y análoga orientación político-social adoptara dos medidas jurídicas diferentes respecto del mismo problema.

2.º Lesión del derecho del nudo-propietario.—Hay que tener siempre presente que el nudo-propietario es tercero respecto de la relación jurídico-arendaticia, y que sería lesionar su derecho con menosprecio de la equidad aplicar las normas que en favor del arrendatario establece la legislación especial, singularmente en cuanto a la prórroga del contrato, olvidando que "res inter alios acta, nobis nec nocet nec prodest".

3.º Gravámenes de la cosa y reversión.—La cosa usufructuada no puede volver al nudo propietario que consolida, con otros gravámenes que los que tuviera al constituirse el usufructo. Sería injusto y contrario a la tradicional estructura de la institución usufructuaria, privar al nudo propietario que consolida, de la posesión a que tiene derecho y por tiempo indefinido, además, en virtud de un vínculo jurídico que no contrajo ni por subrogación está obligado a respetar.

Una objeción podría hacerse a esta doctrina, y es la que surge de la frase "aunque cambie el dueño o el titular arrendador", del artículo 70 de la LAU, que ya se contenía en el Decreto de 1951. Aunque cambie el dueño o el titular arrendador la prórroga es obligatoria para el arrendador y potestativa para el inquilino.

Pero hay que advertir que, en el caso que nos ocupa, no hay cambio de dueño al extinguirse el usufructo, el dueño (nudo-propietario) es el mismo, antes de la constitución del arrendamiento y después de su extinción. Y tampoco hay cambio de titular arrendador. Y no se produce este cambio porque la extinción del derecho que permitió efectuar el

arrendamiento, es simultánea a la desaparición del sujeto que la ostentaba y el nudo-propietario no es sucesor ni trae causa alguna de aquel que le obligue a subrogarse en las obligaciones que contrajo.

Esta es, en resumen, la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta interesante cuestión. No obstante, recomendamos a nuestros lectores el detenido estudio del texto literal de los considerandos que, por su extensión no ha sido posible reproducir aquí (D. I.).

51. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: RETRÁCTO EN CASO DE VENTA: REQUISITOS: *El incumplimiento de la promesa de compra de una casa hecha conjuntamente por el arrendatario y una tercera persona, genera en el perjudicado acción para obtener, del que hubiera dado lugar al incumplimiento, el justo resarcimiento de los perjuicios sufridos; pero ni es obstáculo para que el arrendatario ejerzite el retrácto del local de negocios arrendado, que el propietario vendió posteriormente al otro promitente, ni la intervención del arrendatario en la promesa de venta incumplida, implica el que éste tuviera conocimiento de la venta posterior que el propietario efectuó en favor del otro promitente, y que no le fué notificada, por lo que el plazo de sesenta días que el artículo 64 de la LAU concede al arrendatario para ejercitar el retrácto debe contarse desde que fué inscrita la transmisión en el Registro de la Propiedad. [Sentencia 27 enero 1953.]*

52. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RETRACTO: EJERCICIO DEL MISMO: *La doctrina jurisprudencial, según la cual el artículo 1.524 del C. c. admite la posibilidad de que se ejerzite el derecho de retrácto legal, demandando en acto de conciliación al comprador de la finca que se intenta retraer, es aplicable al derecho de retrácto reconocido por el artículo 64 de la LAU, en cuanto no se opone a las disposiciones de la misma.*

ARRENDAMIENTO URBANO: RETRACTO: INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE CADUCIDAD PARA EJERCITARLO: *La actitud del demandante al rechazar la aveniencia del demandado a sus pretensiones que fué otorgada por éste sin reserva alguna, implica por parte del demandante un desestimiento de la acción de retrácto entablada y priva al acto de conciliación de la virtualidad para interrumpir el plazo de caducidad establecido por la Ley para el ejercicio de la misma. [Sentencia 8 julio 1953.]*

53. RETRACTO ARRENDATARIO DE LOCAL DE NEGOCIOS: *El derecho de retrácto se concede en beneficio exclusivo del creador o dueño de una industria y no puede legalmente extenderse al mero arrendatario de ella ni al subarrendatario del local en que está establecida. [Sentencia 15 junio 1953.]*

54. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: REQUISITOS: DESTINO DEL LOCAL TRASPASADO A NEGOCIO DE LA MISMA CLASE DURANTE UN AÑO: INTERRUPCIÓN: *Las interrupciones que en la explotación del negocio se produzcan después de haber transcurrido un año o más en esa explotación en el local traspasado, no obstan a la eficacia de la cesión realizada por el arren-*

datario, máxime cuando la Sala sentenciadora negó la realidad de las interrupciones alegadas.

TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: REQUISITOS: PARTICIPACIÓN DEL ARRENDADOR EN EL PRECIO DEL TRASPASO: *La facultad conferida al arrendador, que no hubiera ejercitado su derecho de tanteo o de retracción, para reclamar del arrendatario la participación en el precio que con él convenga, y, de no haber acuerdo, en los porcentajes pre establecidos en la ley, no es requisito previo a la existencia legal del traspaso, por cuanto presupone que éste quedó plena y eficazmente consumado.* [Sentencia 20 marzo 1953.]

55. TRASPASO ILEGAL: *Procede la resolución si se acredita que, al tiempo de verificarse la notificación al arrendador, se había efectuado ya el traspaso con entrega del precio.* [Sentencia 16 mayo 1952.]

OBSERVACIONES: El arrendatario debe notificar fehacientemente al arrendador "su decisión de traspasar". De esta frase, de la naturaleza del derecho concedido al propietario (tanteo) y del hecho de que hasta que transcurra el plazo concedido para el tanteo no podrá el arrendatario "concretar el traspaso con un tercio" (art. 47 "in fine"), resulta claramente que tal notificación corresponde a la primera fase de la biología del negocio jurídico. Acreditado que el contrato había entrado ya en la consumación, mediante la entrega del precio, resulta claro que la notificación no fué previa, e incumplido este requisito, el traspaso era ilegal (D. I.).

56. TRASPASO ILEGAL: EXTREMOS QUE DEBIERON NOTIFICARSE: *Con su propósito de traspasar debe el arrendatario notificar al arrendador el precio del traspaso y separadamente el de las mercancías o enseres que pretenda vender. No haciéndolo así, la notificación está mal hecha, el traspaso es ilegal y procede la resolución del contrato.* [Sentencia 30 octubre 1952.]

OBSERVACIONES: Dado el concepto de traspaso del artículo 44 como "cesión mediante precio de tales locales "sin existencias", y la necesidad del precio cierto a que se refiere el párrafo c) del artículo siguiente, resulta perfectamente clara la doctrina jurisprudencial que tiende a delimitar los verdaderos elementos del negocio jurídico del traspaso, evitando fraudes y simulaciones en perjuicio del derecho del arrendador, cumpliendo lo preceptuado en el artículo 53. que expresamente impone la discriminación de precios (D. I.).

57. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: PRÓRROGA DEL CONTRATO EN FAVOR DE LOS HEREDEROS QUE CONTINÚAN EL NEGOCIO: *No puede negarse el beneficio de prórroga a los que justifiquen ser herederos del arrendatario causante, aunque por serlo tan sólo en muda propiedad, entre el momento de la muerte del causante y él de la consolidación del usufructo, haya mediado un lapso de tiempo en el que poseyera el local y ejerciera el negocio el usufructuario.* [Sentencia 13 diciembre 1952.]

OBSERVACIONES: Se interpreta en esta Sentencia el artículo 3.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, que disponía que el beneficio de pró-

rroga forzosa de los contratos de arrendamiento alcanza al heredero del inquilino si continúa en el negocio que éste ejerciera en el local arrendado. La doctrina sentada es, sin embargo, aplicable al artículo 73 de la LAU (J. S.-B.).

58. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR TRANSFORMARLO EN VIVIENDA: *La resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio dispuesta por la Sala sentenciadora, por haber sido transformado aquél en vivienda, no puede combatirse al amparo de la causa tercera del art. 173 de la LAU, alegando que la transformación no tuvo lugar, como no sea impugnando eficazmente la declaración de hecho que sobre este extremo formuló la propia Sala.* [Sentencia 28 marzo 1953.]

59. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR SUBARRIENDO NO CONSENTIDO: *En los casos de resolución del arrendamiento de local de negocio por causa de subarriendo no consentido por el arrendador, no es preciso demandar al subarrendatario de dicho local.* [Sentencia 26 abril 1953.]

El T. S. declara *no haber lugar* al recurso "... porque, aparte de que tiene reiteradamente declarado esta Sala que no es necesario demandar al subarrendatario en los juicios de desahucio por subarriendo, ya que éste sigue la condición del arrendamiento, aun cuando pueda el subarrendador ("sic", debe entenderse el subarrendatario) ser tenido como parte en el pleito si lo solicite a título de tercero que tiene interés en el asunto, es lo cierto que la exigencia de demandar en los casos de resolución de contrato se limita al cessionario de vivienda y, por lo tanto, no hay razón de analogía que obligue a demandar al subarrendatario de local de negocio" (Considerando 4º).

60. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: POR PRESUNCIÓN DE SUBARRIENDO O CESIÓN ILEGAL: PRUEBA INDICIARIA: *La colocación por el arrendatario del local de un rótulo distintivo de otro comerciante que con anterioridad cerró el establecimiento donde ejercía igual industria; la presencia de éste en el local por aquel arrendado; el embargo dirigido contra él en el mismo local, y la existencia de separaciones de distintos compartimientos hechos en el referido local, son hechos de los que lógicamente se infiere, por aplicación del artículo 1.253 C. c., la existencia de un subarriendo no consentido por el arrendador, o de una cesión realizada sin cumplir los requisitos que exige el capítulo IV de la LAU, por lo que procede la resolución de la relación arrendataria según el artículo 149 de la citada Ley.* [Sentencia 24 marzo 1953.]

Presentada por el propietario demanda de resolución del arrendamiento al amparo del artículo 149 de la LAU, por entender se había producido un subarriendo o cesión de local a favor de tercero. El arrendatario niega la existencia de estas relaciones jurídicas alegando que compró a dicho tercero el "nombre comercial" que como rótulo figuraba en su establecimiento y que la presencia de este comerciante en el mismo res-

pondía a un contrato de asesoramiento técnico que con él había celebrado. El Juzgado y la Audiencia no dan lugar a la demanda. Interpuesto por el demandante recurso de injusticia notoria al amparo de los números tercero y cuarto del artículo 173 LAU, el T. S. *da lugar al recurso*, decretando la resolución del contrato de arrendamiento por las razones antes extractadas, añadiendo el último considerando:

“que en la sentencia recurrida, al no apreciarse como prueba la presunción establecida, por tratar de deducir de los hechos que estima probados, la calificación de un contrato, en vez de otro hecho, como es el que lógicamente se infiere, que es el uso de parte del local por don F. C., se ha infringido, por no haberle aplicado al caso, el artículo 1.253 del Código civil, causa del recurso tercera del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que alegada como del interpuesto obliga a dar lugar al mismo.”

61. SUBARRIENDO: CALIFICACIÓN: *El contrato en virtud del cual la Sociedad arrendataria de un “cine”, se desentiende de la gestión y de toda responsabilidad en la explotación, que transfiere a un tercero, percibiendo por la transferencia un precio cierto y determinado en dinero, no constituye un arrendamiento de los servicios del tercero, sino un subarriendo del “cine”.*

SUBARRIENDO: CALIFICACIÓN. CONTRATO MIXTO: *Los pactos, cláusulas y condiciones insertas en un contrato de subarriendo, no borran la figura principal, aunque tales pactos, cláusulas o condiciones coincidan con otras figuras contractuales adheridas a la principal, constituyendo el llamado contrato mixto.*

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR SUBARRIENDO NO CONSENTIDO: REQUISITOS: *La acción resarcitoria del arrendamiento nace del hecho de haberse subarrendado, sin que sea precisa la duración ni la subsistencia del subarriendo al tiempo de ejercitarse la acción. [Sentencia 17 febrero 1953.]*

El T. S. declara *haber lugar* al recurso de injusticia notoria interpuesto, siendo interesante reproducir aquí el siguiente pasaje del tercer considerando de la sentencia: “... con el contrato de subarriendo... son compatibles los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente los contratantes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, pactos, cláusulas y condiciones, que, a su vez, por la amplia libertad que, dentro de los límites señalados, permite dicho precepto legal, pueden coincidir con otras figuras contractuales adheridas a la principal, constituyendo el llamado contrato mixto, sin borrar esa principal, que en el caso en cuestión es, según lo expuesto, el subarriendo...”

62. SUBARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: CALIFICACIÓN: *La existencia de una deuda de la arrendataria a favor de la ocupante de un local des-*

timado a hostelería no prueba que entre aquélla y ésta exista el convenio invocado por la recurrente para desvirtuar la afirmación hecha por el juzgador de que la ocupante del local lo era en virtud de subarriendo; ni es concluyente tampoco, a tal efecto, la presentación de una instancia a la Dirección General de Turismo, en la que se solicita autorización de este organismo para que la ocupante del local desempeñe el cargo de regente o administradora del negocio, instancia que, además de haber sido presentada muy poco antes de entablada la demanda, no fué resuelta, ni concedida la autorización que en ella se solicitaba. [Sentencia 24 febrero 1953.]

63. SUBARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: PRUEBA: MANDATO SIMULADO: *No basta la escritura pública de mandato otorgada por el arrendatario en favor del ocupante del local para contradecir la afirmación del subarriendo hecha por la sentencia recurrida, cuando la Sala sentenciadora, aunque reconoce la existencia de dicha escritura, niega que el mandato conferido en ella tuviera efectividad, ya que, no obstante su otorgamiento, los ocupantes del local actuaban en él por cuenta propia.* [Sentencia 10 junio 1953.]

El Tribunal Supremo declara *no haber lugar* al recurso de injusticia notoria interpuesto, considerando "que la sentencia recurrida declara que el arrendatario a mediados de 1946 subarrendó, sin autorización del arrendador, en el precio de 900 pesetas mensuales, el cuarto que llevaba en arrendamiento a D. M. A. y D. J. R., fundando tal declaración en que estos habían venido ejerciendo en nombre propio la industria de sastrería en el local arrendado; anunciándose en el expresado local y cobrando facturas en que se indicaba la calle y número de la casa en que tal industria se ejercía, habiendo sido, además, expresamente reconocido el hecho del subarriendo por los propios subarrendatarios y contra tal apreciación de prueba se formula el recurso que se ampara en la causa cuarta del artículo 173 de la LAU, y que se funda en el mandato que en 15 de octubre del expresado año 1946 otorgó el arrendatario en favor de D. M. A., por virtud de cuyo mandato le facultaba para que rigiera el negocio de sastrería establecido en el local mencionado, según consta en la escritura pública en que tal mandato se otorgó, pero para que dicho documento pudiera contradecir la afirmación del subarriendo hecha por la sentencia recurrida hubiera sido necesario demostrar que en la fecha en que tal escritura fué otorgada, la industria de sastrería instalada en el repetido local correspondía al arrendatario y no había sido cedida a otras personas, y que el aludido mandatario había ejercido tal industria en nombre del mandante, pero como la Sala sentenciadora, aunque reconoce la existencia de la mencionada escritura, niega que el mandato en ella conferido tuviera efectividad, ya que, no obstante el otorgamiento de aquélla, los ocupantes del local actuaban en él por cuenta propia, sin que esta afirmación de hecho haya sido eficazmente impugnada, tal escritura por sí sola resulta inoperante para demostrar el ma-

nifiesto error en la apreciación de la prueba que se atribuye a la sentencia recurrida, y por ello procede la desestimación del recurso. (Considerando único).

64. SUBARRIENDO: SU EXTINCIÓN: PRECARIO: *Extinguido un arrendamiento, se extingue correlativamente el subarriendo que en aquél se funda, y al quedar sin efecto el título del subarrendatario, éste se transforma en precarista.* [Sentencia 7 octubre 1952.]

65. PRÉSTAMO USURARIO: V. S. 16 febrero 1952 (19).

66. MANDATO NO REPRESENTATIVO: *Demuestra la existencia de un mandato no representativo, el documento privado por el que el comprador en escritura pública reconoce que el dinero del precio es de su padre y que la adquisición debe entenderse hecha a favor de éste.*

HEREDAMIENTO CONDICIONAL PREVENTIVO: *El heredamiento preventivo vincula a los padres entre sí, impiéndoles otro heredamiento, pero no crea una situación definitiva en relación a los hijos nacederos, ya que su eficacia depende de que los otorgantes fallezcan sin testamento.*

SIMULACIÓN PARCIAL Y ABSOLUTA: *Por causa de simulación puede una compraventa ser nula en una parte, y válida, sin embargo, en la restante, tratándose de un contrato con objeto múltiple y divisible.*

SIMULACIÓN Y PROTECCIÓN REGISTRAL: *No puede ampararse en el artículo 34 L. H. el adquirente en un contrato que se anula por simulación, porque ni es título realmente oneroso la compraventa absolutamente simulada, ni ante los hechos probados de la simulación cabe mantener la presunción de buena fe del adquirente.* [Sentencia 3 junio 1953.]

José compra en escritura pública unas fincas y en documento privado de la misma fecha reconoce que el dinero del precio era de su padre, a quien en realidad pertenecían las fincas, comprometiéndose, además, a reconocer en instrumento público que tal adquisición debía entenderse hecha e inscribirse, por tanto, a nombre de su padre.

En la escritura de capitulaciones matrimoniales de sus padres, y en virtud de un heredamiento condicional preventivo, José resultaba designado "hereu" en cuanto primogénito. Pero el padre fallece bajo un testamento en el que, apartando con su legítima a José, instituye heredero al otro hijo, Eudaldo.

Este trata amistosamente que su hermano reconozca efectividad al documento privado y puedan incluirse en la herencia del padre las fincas adquiridas. Tres días después de celebrarse sin avenencia el preceptivo acto de conciliación, José vende a Carlos, junto con otras, las fincas en cuestión.

Entablada la demanda por Eudaldo, el Juzgado la estima declarando simulado y, por tanto, inexistente el contrato de compraventa celebrado entre José y Carlos, ordena la cancelación de las inscripciones causadas en el Registro de la Propiedad a favor de éste y condena a José a otorgar la correspondiente escritura a favor de su hermano Eudaldo.

La Audiencia, en apelación, confirma en todas sus partes la sentencia del Juez, e interpuesto recurso de casación por infracción de ley el Tribunal Supremo declara *no haber lugar* al mismo.

CONSIDERANDO: Que uno de los problemas fundamentales planteados en este pleito tiende a investigar el sentido jurídico que cabe atribuir al documento privado suscrito por el demandado y por su padre el mismo día en que aquél había otorgado escritura pública de compra de fincas y un censal, expresando dicho documento privado que el dinero para la compra lo había facilitado el padre y se obligaba el hijo-comprador, a petición de aquél, a reconocer en documento público inscribible en el Registro de la Propiedad que la adquisición por él de las fincas debía entenderse hecha a favor de su padre, a quien en realidad pertenecían, términos éstos de exteriorización de voluntades que el actor, y también la sentencia recurrida, configuran en la esfera jurídica como contrato de mandato no representativo, que obliga al hijo a otorgar escritura pública en la que haga constar aquel reconocimiento de adquisición de las fincas para su padre (Considerando 1º).

CONSIDERANDO: Que la declaración de voluntad contenida en el documento privado es claramente expresiva de que en la escritura de compra actuó el hijo en nombre propio, pero por cuenta o encargo de su padre, esto es, en la forma típica del mandato tal como está concebido en el artículo 1.709 del C. c., pues lisa y llanamente no cabe asignar otra significación al reconocimiento explícito hecho por el hijo de que el dinero para la compra se lo había facilitado su padre y para éste había adquirido las fincas por encargo, indudablemente, verbal y anterior al otorgamiento de la escritura, aunque con posterioridad a ésta se haya hecho constar por escrito ...(), no puede ofrecer duda que, en principio y salvo modificación posterior de lo convenido, el mandatario contrajo la obligación de contratar en nombre propio con el tercero transmitente de las fincas y a completar el encargo otorgando el correspondiente documento en el que reconozca que lo comprado pertenece al mandante, sin que al entenderlo así haya infringido la Sala sentenciadora el artículo 1.717 del C. c., que señala como vulnerado el primer motivo del recurso para llegar a la conclusión de que el hijo compró las fincas para sí, pues no se tiene en cuenta que dicho precepto legal, al contemplar la actuación del mandatario en nombre propio, si bien no concede acción al mandante contra quienes contrataron con aquél, deja a salvo la relación jurídica interna entre mandante y mandatario a efectos de accionar entre sí sobre cumplimiento de las obligaciones que recíprocamente ha contraído, de acuerdo con los artículos 1.718 y siguientes del C. c. (Considerando 2º).

CONSIDERANDO: Que el hecho de que los padres de los litigantes hayan ordenado su futura sucesión en capítulos matrimoniales instituyendo heredero preventivamente al mayor de los hijos que esperaban tener y que resultó serlo el demandado, carece de trascendencia en el pleito para

enervar la eficacia propia de lo convenido en el repetido documento privado y dar vida a la figura de la donación de los bienes en litigio al hijo demandado como instituido en heredamiento preventivo, ya que esta modalidad del heredamiento catalán, si bien vincula a los padres entre sí a efectos de impedir otro heredamiento de la misma clase, no crea en relación con los hijos nacederos una situación definitiva, pues su eficacia a diferencia de lo que ocurre con el heredamiento hecho por los padres en favor de los hijos que van a contraer matrimonio, depende de que los otorgantes hayan fallecido sin testamento válido con distinta institución de herederos, y es hecho indiscutido que los padres de los litigantes rectificaron su inicial propósito e instituyeron heredero al demandante con reserva al demandado de su cualidad de mero legitimario (Considerando 5.º).

CONSIDERANDO: Que también se discutió en el pleito si es o no inexistente en su aspecto jurídico la compraventa a favor del demandado señor ..... (Carlos) de las fincas que el señor ..... (José) había adquirido por encargo de su padre, y ante el tema planteado, la Sala de instancia, de acuerdo con lo pretendido por el demandante, declaró la inexistencia de la compraventa por simulación absoluta, y este pronunciamiento se combate en el cuarto y último motivo del recurso, no por impugnación de los hechos múltiples que se estiman probados ni por la valoración jurídica que se les ha dado como indiciarios de la simulación o inexistencia real de la compraventa, sino porque en el contrato se comprendieron las fincas a que se refería el documento privado y, además, otras dos que al vendedor pertenecían por distinto título y a los cuales no se había extendido el pronunciamiento de simulación, por lo que estima el recurrente que al ser única la causa de la compraventa no puede ésta ser calificada de válida en cuanto a parte de lo vendido y nula en cuanto a la parte restante; pero esta tesis no es exacta porque se concibe perfectamente que el contrato con objeto múltiple y divisible pueda ser válido o nulo total o parcialmente, en atención a la causa distinta que informe la diversidad de los elementos objetivos del contrato (Considerando 6.º).

CONSIDERANDO: Que en otro aspecto, propugna el mismo motivo cuarto la eficacia de la compraventa, respecto del comprador ..... (Carlos), ya que éste resulta protegido por la fe pública del artículo 34 de la Ley Hipotecaria como adquirente por título oneroso y con buena fe de quien aparecía dueño en el Registro, y en él fué inscrito su título de compra; pero esta tesis es claramente desestimable, porque ni es título realmente oneroso la compraventa absolutamente simulada ni cabe mantener la presunción "juris tantum" de buena fe del adquirente ante los hechos probados y determinantes de la simulación, de los que sin duda se infiere que comprador y vendedor se confabularon para sustraer de las resultas del pleito que ya estaba anunciado por el acto de conciliación los bienes que son objeto de litigio, y esta finalidad ilícita que persiguieron los contratantes aparentes no la ampara el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (Considerando 7.º).

**OBSERVACIONES:** Contiene la presente Sentencia interesante doctrina sobre varios problemas, que podemos separar de la siguiente forma:

a) **Mandato no representativo** (V. Considerandos 2 y 3).—El primero y principal problema surgido en esta litis era el de la interpretación jurídica y consiguiente calificación que merecía el documento privado suscrito por José y su padre, respecto de las mismas fincas que aquél adquirió en escritura pública y con igual fecha que ésta.

En la contestación a la demanda se alegaba que el citado documento contenía un préstamo simple, tesis que se abandona en trámite de recurso, sustituyéndola por la de una garantía de la devolución del préstamo o una donación reversible o con los caracteres del heredamiento.

Aun sin dejar de reconocer que existen también algunos hechos que "podrán ser determinantes de algún indicio de que el padre haya querido donar a su hijo demandado el dinero o las fincas compradas...", el indicio no reviste en el caso de autos los caracteres vehementes de una inequívoca voluntad de donar, excluyente de la voluntad contraria que fluye del documento privado" (Considerando 3.º), el Tribunal Supremo ve claro que en tal documento no hay más que una demostración de que en la escritura de compra el hijo actuaba por cuenta de su padre, aunque en nombre propio. Inmediatamente se ocurre la pregunta de si a esta tesis no supondrá un obstáculo el artículo 1.230. La respuesta ha de ser negativa, pues en el documento privado no se trata de alterar lo pactado en la escritura, sino de hacer constar la verdadera posición jurídica de las partes, plasmando en el documento la relación interna de mandato entre ellas existente.

Aparte su valor particular, la sentencia tiene una importancia general en cuanto viene a unirse a la ya larga lista de sentencias que distingue mandato y representación como instituciones autónomas. En una confusión fomentada por los artículos 1.725 y 1.734, las Sentencias de 27 octubre 1899, 25 abril 1902, 1 julio 1924 y 1 junio 1927, habían considerado a la representación como nota típica, esencial e ineludible del mandato, con olvido del artículo 1.717, del que claramente se desprende la doctrina contraria al establecerse en él la posibilidad de que el mandatario actúe en su propio nombre, es decir, sin poder.

Las diferencias entre mandato y poder y su respectiva autonomía e independencia conceptual y jurídico-práctica, se señalan ya decididamente en la Sentencia de 8 octubre 1927 y se va repitiendo en las de 17 octubre 1932, 16 febrero 1935, 1 febrero 1941, 22 mayo 1942, etc., hasta la más reciente de 18 diciembre 1948.

b) **Heredamiento catalán** (V. Considerando 5.º).—La efectividad del documento privado quería soslayarse por el demandado, alegando su cualidad de "hereu". La realidad, sin embargo, era que sus padres, en capítulos matrimoniales y para evitar la sucesión intestada, instituyeron heredero "preventivamente" al mayor de los hijos varones que nacieran de dicho enlace, cualidad que recayó en el demandado, José.

El Tribunal Supremo, puntualizando su verdadero carácter, califica de preventivo a este heredamiento, que algún autor ha llamado heredamiento supletorio y Roca y Sastre, condicional preventivo.

Dentro del cuadro de los heredamientos hechos en favor de los hijos nacederos y frente a los llamados "puros", que tienden a fijar de modo definitivo las reglas de la futura sucesión de los heredantes, se encuentra el grupo de los heredamientos condicionales, en los que estas reglas no se establecen en forma absoluta, sino supletoria o condicional, de modo que ceden y pierden valor si los herederos otorgan testamento válido instituyendo a otro heredero, y tienen eficacia sólo en el caso de muerte "intestada" de aquéllos. (Nos referimos a muerte sin haber otorgado testamento, pues es claro que no cabe abrir la sucesión intestada o legítima, existiendo el heredamiento condicional preventivo cuyo otorgamiento habrá debido comunicarse por el Notario autorizante por medio del parte reglamentario, para la oportuna toma de razón en el Registro General de Actos de Última Voluntad).

El Tribunal Supremo señala acertadamente el carácter supletorio del heredamiento preventivo, expresivo de una voluntad sucesoria de tipo subsidiario. Omite, sin embargo, si tal heredamiento en favor de los hijos nacederos cede también ante otro heredamiento a favor de otro hijo que se case, como señala la doctrina y la sentencia de 28 de octubre de 1935.

**Simulación parcial y absoluta** (V. Considerando 6).—La sentencia del Juzgado, estimando la demanda, declaró "simulado y, por tanto, inexistente y sin valor ni efecto alguno, el contrato de compraventa de las fincas y derecho real que se describen y mencionan en el hecho noveno (contrato entre José y Carlos), en relación con el primero de la demanda" (escritura de compraventa en que José adquirió). El fallo parece decretar la inexistencia del contrato respecto de las fincas y el censal, sin resolver la validez o nulidad del mismo respecto de las otras dos fincas que José había adquirido por otro título. El recurrente se opone a la sentencia alegando la imposibilidad del fraccionamiento de la causa "que es una cosa para la totalidad del negocio jurídico". El Tribunal Supremo rechaza la tesis en la forma expuesta en el considerando 6, antes transcrita.

Aunque el Tribunal Supremo casi siempre ha estudiado la simulación en contacto con la doctrina de la causa, no parece que la orientación sea muy acertada, salvo en el caso de la disimulación o simulación relativa. Tratándose de simulación absoluta, "mera apariencia y fórmula", según la sentencia de 15 de febrero de 1944, "con ausencia real de los requisitos esenciales del contrato" (S. 30 junio 1944), acto "en el que faltan los requisitos todos del contrato", como dice la de 12 de julio de 1941, parece más exacto estudiarla bajo el prisma del consentimiento, al recordar que la simulación tiene su encuadramiento inicial en este campo, pues se define (V. Castán I, 689). como "declaración de un contenido de voluntad no real..., etc.", implicando una divergencia consciente entre la voluntad

tad interna y la declarada que impide la aparición del consentimiento generador de obligaciones.

Y ya en este terreno se ve claro que en un contrato con objeto múltiple y divisible, puedan coexistir declaraciones de voluntad simuladas respecto de algunos de esos objetos, con un verdadero y propio consentimiento, capaz de crear obligaciones contractuales, sobre otros. Y ya no puede extrañar que en un contrato múltiple con unión meramente externa, como en el caso de autos, pueda darse una simulación parcial y absoluta, a la vez.

d) **Protección registral del artículo 34 L. H.** (V. Considerando 7).— Un último problema queda por resolver: si la declaración de inexistencia del contrato entre José y Carlos afecta a éste, o debe ser mantenida su adquisición al amparo del artículo 34 L. H. Para negarle esta protección registral se fija el Tribunal Supremo en dos de los requisitos del artículo 34: la onerosidad y la buena fe; negando su existencia en el contrato simulado, excluye al co-demandado de la situación especialmente protegida que establece dicho artículo.

Que el adquirente, Carlos, no está protegido por el artículo 34, es cierto. Sin embargo, el Tribunal Supremo desenfoca por completo el problema, o más exactamente, yerra en la causa de la negativa, aun acertando en ésta. En efecto: la falta de protección no procede de que la adquisición de Carlos no sea onerosa o sea de mala fe, sino de **falta de la cualidad de tercero respecto del acto o contrato que se anula**.

Y como no vamos a pretender explicar el artículo 34 y resumir su doctrina como mayor claridad que Roca Sastre, nos limitaremos a transcribir las palabras de este autor (Instituciones, 2.<sup>a</sup> edición, II, 207): “El presupuesto de la actuación del artículo 34... es la existencia de una **segunda enajenación**, el adquirente en la cual es el verdadero tercero. El artículo 34 de la Ley está concebido sobre este doble juego de enajenaciones y así, lo que busca este precepto, es mantener en su adquisición al tercer adquirente, aunque se derrumbe el derecho del otorgante; o sea que si en el título adquisitivo del transferente hay un vicio que destruya su titularidad, esta destrucción no arrastre a quien después adquirió de aquél”.

Para la aplicación del artículo 34 es imprescindible la existencia de dos actos transmisarios sucesivos: A y B. El citado artículo protege al adquirente en el acto B, cualificado con las notas específicas que expresa, manteniéndole en su adquisición a salvo del posible derrumbamiento de la titularidad de su transferente por causas que afectaren a la adquisición de éste, en el acto A, y que no consten en el Registro.

En nuestro caso, la sentencia declara nula la adquisición de Carlos por simulación y, consiguientemente, se cancela la inscripción practicada a su favor. Se anula el acto adquisitivo en que él mismo fué parte, es decir, su propio acto adquisitivo, no el de su transferente u “otorgante”, como exige el artículo 34 para que entre en juego la especial protección del Registro en aras de la llamada fe pública registral. (D. I.).

67. CORRETAJE: CARÁCTER CONSENSUAL DEL CONTRATO DE COMPROVENTA: NECESIDAD DE QUE LAS CONDICIONES SUSPENSIVAS SE EXPRESEN CON CLARIDAD: *Prometido en carta un premio de corretaje a un agente de fincas por su labor de mediación respecto de unas "fincas de mi propiedad... que venderé", es exigible el premio, aunque la venta no se consume por voluntad del vendedor, ya por el carácter consensual del contrato de compraventa, ya porque, de entender que en la frase "que venderé" se encierra una condición suspensiva (cuya existencia, por otra parte, exige que se exprese así con toda claridad), esta condición se entiende cumplida conforme al artículo 1.119 del C. c, por impedir voluntariamente el obligado su cumplimiento.* [Sentencia 28 abril 1953.]

"... que aunque se admitiera la tesis de que la repetida carta contiene una condición suspensiva, ésta habría de tenerse por cumplida según el artículo 1.119 del Código civil que dispone que se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiere voluntariamente su cumplimiento, precepto de indudable aplicación a este caso, toda vez que, según afirma el Tribunal si la venta "no se llegó a consumar fué sólo y exclusivamente debido a su libérrima voluntad y conveniencia" (las del recurrente-vendedor). (Considerando 2).

"... que si del texto de la referida carta no puede deducirse que dichas palabras "que venderé" significan el establecimiento de la condición suspensiva que el recurrente alega, sino simplemente la manifestación de su propósito u obligación de vender, sin que ello obste en ningún sentido a la promesa que hace en firme comprometiéndose a abonar el dos por ciento por las gestiones ya realizadas por el actor, pues para apreciar la existencia de tal condición hubiera sido necesario que se hubiera expresado así con toda claridad, siendo de advertir que, según la apreciación de la Sala, a la que el recurrente no opone infracción de ninguna Ley, la venta se perfeccionó como contrato consensual, por el que se celebró en la misma fecha once de abril; y por tanto, si alguna vez existió tal condición hay que apreciar que quedó cumplida" (Considerando 4).

68. CONTRATO DE COMPROMISO: FACULTADES DE LOS AMIGABLES COMPONEDORES: EXTRALIMITACIÓN: *Siendo únicas facultades de los amigables componedores las que la voluntad de las partes les han conferido en la escritura de compromiso, se extralimitan aquéllos al resolver cuestiones no sujetas a su decisión y que no son consecuencia lógica y obligada de las que se les han planteado.* [Sentencia 24 abril 1963.]

OBSERVACIONES: Concuerda con la doctrina de las Sentencias de 6 de abril de 1915, 26 de junio de 1916, 21 de febrero, 13 de mayo y 28 de octubre de 1933; 20 de febrero de 1940, 9 de abril de 1941, 9 de octubre de 1943, y sobre todo, con la expuesta en las recientes de 26 de febrero de 1946 y 23 de febrero de 1948. (D. I.).

69. EL CONTRATO DE COMPROMISO: RECURSO DE CASACIÓN CONTRA EL LAUDO: CAUSAS: *Ni el desacuerdo en la decisión, ni la abstención de re-*

*someter alguno de los puntos que se habían sometido a ella, constituyen extralimitación o abuso de poder de los amigables componedores, a los efectos de la causa 3.<sup>a</sup> del artículo 1.691 de la LEC. [Sentencia 25 septiembre 1953.]*

El Tribunal Supremo declara *no haber lugar* al recurso de casación, fundándose en que "... toda la impugnación del laudo se traduce en censura de lo resuelto por los amigables componedores o en su abstención de decidir algunos de ellos y ni el desacuerdo, ni la abstención constituyen extralimitación o abuso de poder de los arbitradores en el sentido de haber resuelto puntos no sometidos a su decisión, que es el caso previsto en el número tercero del artículo 1.691 de la LEC, en el que se ampara el recurso, ni las deficiencias u omisiones cometidas en el laudo, determinantes de defecto en el ejercicio de la función encomendada a los amigables componedores, ofrece base o fundamento para el recurso de casación, según se infiere, a contrario sensu, de los términos en que está concebido el citado artículo de la Ley procesal ya reiteradamente interpretado en este sentido por la jurisprudencia". (Considerando único).

70. TRANSACCIÓN Y RENUNCIA: ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEGISLACIÓN DEROGADA: *Para la renuncia sería necesario que el arrendatario no hubiese obtenido ventaja alguna a cambio de lo que dió o prometió al arrendador. Obtenidas de éste compensaciones equivalentes, no hay renuncia, sino transacción.* [Sentencia 14 mayo 1952.]

"... que el acto jurídico contenido en la escritura pública ( ) es un contrato de transacción ( ) es necesario otorgar plena eficacia a dicho contrato mientras no se declare su nulidad, la que en el presente caso no puede ser estimada ( ) porque para que pudiera entenderse que había por parte del arrendatario verdadera renuncia a los derechos que la legislación de alquileres le otorgaba, sería necesario que no hubiera obtenido ventaja alguna a cambio de lo que dió o prometió al arrendador, pero no cuando obtuvo de éste compensaciones equivalentes a las cosas dadas o prometidas". (Considerando 2).

#### IV. Derecho de Familia.

1. FILIACIÓN NATURAL: RECONOCIMIENTO: ACCIÓN PARA EXIGIRLO DESPUÉS DE LA MUERTE DEL PADRE O MADRE: REQUISITOS DEL ARTÍCULO 137, 2.<sup>o</sup>, DEL CÓDIGO CIVIL: *Para que pueda tener aplicación, se requiere el concurso de tres requisitos esenciales: aparición de algún documento después de la muerte del padre o de la madre, en el que se reconozca expresamente al hijo; que de dicho documento no se hubiere tenido noticia con anterioridad; y que la acción se deduzca dentro de los seis meses siguientes al hallazgo del documento. El reconocimiento ha de evidenciar por sí solo el propósito deliberado del padre de reconocer al hijo y ha de ser desconocido el documento por quien lo reclama.* [Sentencia 8 mayo 1953.]

"... que las cartas entregadas a la demandante por su madre natural no contienen un reconocimiento expreso de paternidad distinto ni más categórico del que se manifiesta en las numerosas presentadas con la demanda, y por tanto, es claro que no tienen el concepto que el citado artículo ciento treinta y siete como supuesto de la excepción segunda admite, pues de ella se infiere que el reconocimiento ha de evidenciar por sí solo el propósito deliberado del padre de reconocer al hijo, y ha de ser desconocido el documento por quien lo reclama, y mal puede estimarse esta ignorancia, cuando desde tan lejana fecha y siendo mayor de edad la accionante, tenía en su poder documentos en que se hacían idénticas manifestaciones que las que se consignan en los que sirven de fundamento a la demanda, lo que hace inaplicable el precepto invocado." (Considerando 3)

2. OBLIGACIONES DEL TUTOR: RELEVACIÓN DE RENDICIÓN DE CUENTAS: REQUISITOS: *La relevación de la obligación de rendir cuentas, concedida al tutor que obtiene el cargo con la asignación de frutos por alimentos, está condicionada por el cumplimiento del deber de suministrar alimentos al menor con la extensión y contenido que corresponda.*

RESPONSABILIDAD DEL TUTOR: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS AL PUPILLO: EXTENSIÓN: *Solicitándose en la demanda la rendición de las cuentas de la tutela, con entrega de bienes e indemnización de daños y perjuicios que el tutor hubiere causado al pupilo, la pretensión, deducida en la réplica, de que el tutor indemnice a aquél el valor de los alimentos que le debió dar y no le dió, no altera la acción ejercitada en la demanda.* [Sentencia 8 junio 1953.]

3. ENAJENACIÓN DE BIENES DEL SOMETIDO A TUTELA: AUTORIZACIÓN DEL CONSEJO DE FAMILIA: CAUSAS DE NECESIDAD: *No concurren causas de necesidad para que el Consejo de Familia autorice la venta de una casa del incapaz sometido a tutela, cuando sus pasteos mensuales son inferiores al montante de una pensión que percibía y contaba además con la renta de dicha casa.*

AUTORIZACIÓN DEL CONSEJO DE FAMILIA: CONCESIÓN HECHA CONTRA LA PROHIBICIÓN LEGAL: *El acuerdo del Consejo de Familia sobre enajenación de un inmueble del incapacitado, adoptado contra la prohibición contenida en el artículo 270 C. c, es inexistente, sin valor ni efecto ninguno.*

ACTOS SIMULADOS EN PERJUICIO DEL SOMETIDO A TUTELA: *El no haberse dado publicidad a la subasta, el haberse adjudicado la finca a un hijo del tutor y hermano del presidente del Consejo de Familia, por precio muy inferior al de la valoración real de la finca, sin que conste la devolución que se haya dado al precio, son elementos indicativos bastantes para sostener la simulación de la subasta, de la adjudicación y de la escritura de venta.* [Sentencia 23 junio 1953.]

## V. Derecho de Sucesiones.

1. HEREDAMIENTO CATALÁN EN FAVOR DE LOS HIJOS NACEDEROS: CONDICIONAL Y PREVENTIVO: V. S. 8 junio 1958 (III, 66).

## DERECHO PROCESAL

## I. Parte general.

1. COMPETENCIA TERRITORIAL: CUÁNDO PUEDEN PLANTEARSE CUESTIONES SOBRE ELLA: *Pueden plantearse cuestiones de competencia en los asuntos judiciales terminados, cuando la sentencia no es firme.*

COMPETENCIA TERRITORIAL: JUICIO EJECUTIVO POR LETRA DE CAMBIO: *Ejercitándose en juicio ejecutivo una acción cambiaria, la competencia debe resolverse en favor del Juez del lugar en que las letras de cambio utilizadas como título de ejecución estén domiciliadas, tanto más cuando en ese mismo lugar el demandado tiene su domicilio y en él fué requerido notarialmente para el pago. [Sentencia 24 junio 1953.]*

“... el artículo 76 de la Ley procesal preceptúa que no podrán proponerse ni promoverse cuestiones de competencia en los asuntos judiciales terminados por sentencia firme, de lo que, *a sensu contrario*, se deduce que cuando la sentencia no es firme pueden ser promovidas tales cuestiones.” (Considerando 2).

“... que en los autos de juicio ejecutivo de los que esta competencia dimana, se utiliza como título de ejecución unas letras de cambio y, por tanto, se ejerce una acción cambiaria que es la que ha de regir la competencia y no las que pudieran derivarse del contrato causal.” (Considerando 4).

“... que estando dichas letras domiciliadas en P., donde habían de pagarse, está designada dicha localidad como lugar de cumplimiento de la obligación que se reclama y, en consecuencia, de acuerdo con el Ministerio Fiscal y conforme al artículo 62, regla 1.<sup>a</sup> de la Ley procesal, debe atribuirse la competencia al Juez de P., que es además el lugar del domicilio del demandado y el en que éste fué requerido notarialmente para el pago.” (Considerando 5).

2. ACUMULACIÓN FACULTATIVA DE ACCIONES: CUÁNDO PROcede: *Procede de las que tengo una contra varios o varios contra uno, cuando tales acciones no puedan ser incompatibles por su origen (nacimiento del mismo título) o por su fundamento (apoyo en la misma causa de pedir). [Sentencia 8 julio 1952.]*

OBSERVACIONES: V. GUASP, “Comentarios...”, I, 527.

3. EXCEPCIÓN DE "LITIS PENDENCIA": SU FINALIDAD: CUÁNDO ES ADMISIBLE: *Como medio preventivo de impedir que se dicten resoluciones distintas sobre una misma pretensión, sólo puede proponerse esta excepción cuando en juicio de igual naturaleza está otro Juzgado o Tribunal conociendo de la misma cuestión, de modo que la sentencia recabada en uno produzca la excepción de cosa juzgada en el otro.* [Sentencia 8 marzo 1958.]

OBSERVACIONES: Como dice Chiovenda ("Instituciones", II, 318), del mismo modo que una litis no puede ser fallada más que una vez (*exceptio rei iudicatae*) no pueden perder simultáneamente varias relaciones procesales entre las mismas personas acerca del mismo objeto. De aquí que litis pendencia y cosa juzgada tienen un fundamento común: evitar una repetición inútil de actividad pública. O, según frase de Guasp "ahorrar esfuerzos procesales innecesarios y evitar posibles fallos contradictorios".

La litis pendencia exige identidad de pretensiones, es decir, la triple identidad de sujetos, objeto y causa, razón o título de pedir.

No obstante, sobre la analogía y diferencias entre litis pendencia y cosa juzgada y sus correlativas excepciones, v. Guasp, "Comentarios...", II, 307, nota.

4. REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA: INCONGRUENCIA: AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA: V. S. 8 junio 1953 (D. c., IV, 2).

5. EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: REQUISITOS: *Además de los requisitos del artículo 1.952 del Código civil, es imprescindible que la primera resolución haya adquirido carácter de firme.* [Sentencia 13 octubre 1952.]

Por causa de ruina declarada por la autoridad municipal en expediente contradictorio, se obtiene por el arrendador sentencia de desahucio. En trámite el recurso de apelación se promulga la LAU, y en cumplimiento de la Disposición Transitoria 16, la Sala concede a las partes, plazo de quince días para acomodar sus pretensiones a las normas procesales en aquella establecidas. Transcurrido dicho plazo sin que ninguna de ellas lo verifique, se las considera desistidas de la acción. Devueltos los autos al Juzgado, el demandante insta la ejecución de la sentencia de desahucio, a lo que el Juez declara no haber lugar, quedando firme este provédo.

En un nuevo proceso, el propio demandante solicita el desahucio contra el mismo demandado por idéntica causa de ruina, y el demandado se opone alegando la excepción de cosa juzgada. El Juez declara la procedencia del desahucio y la Audiencia revoca la sentencia, estimando la excepción de cosa juzgada.

Interpuesto recurso de injusticia notoria, el Tribunal Supremo declara *haber lugar* al recurso y a la resolución del contrato de arrendamiento, revocando el fallo recurrido en base de la siguiente certera doctrina:

"... que esta excepción (de cosa juzgada) exige, conforme al artículo mil doscientos cincuenta y dos del Código Civil, que entre el caso resuelto por la sentencia invocada y aquél en que se invoque, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas y las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, siempre, naturalmente, que la pri-

mera resolución haya adquirido carácter de firme, y esta circunstancia no se da en el presente caso por lo que se refiere a la resolución de fondo del pleito, porque la única sentencia que en el anterior se dictó, fué favorable al demandante, dando lugar al desahucio y esta resolución no llegó a lograr firmeza por haber sido tenidas por desistidas las partes, a virtud de lo dispuesto en la Disposición diecisésí de la Ley de Arrendamientos Urbanos." (Considerando 3).

**OBSERVACIONES:** La firmeza (cosa juzgada formal en la doctrina extranjera, V. Chiovenda "Instituciones", I, 116) es un efecto jurídico-procesal de la resolución judicial, y supone la inatacabilidad de tal resolución dentro del mismo proceso en que recayó. Consiste en la preclusión de las posibles impugnaciones ulteriores. (Guasp "Comentarios...", I, 1014, y en el mismo sentido Chiovenda, "Instituciones", I, 409). Supone que contra tal resolución, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentida (es decir, no impugnada en el plazo legal), no puede promoverse ninguna pretensión de impugnación, ordinaria o extraordinaria, dentro del mismo proceso. (V. art. 369 LEC). Quedan aparte las llamadas impugnaciones excepcionales.

Que la sentencia adquiera firmeza (inmutabilidad) es condición precisa para que surta "dentro del proceso" los efectos que son su necesaria consecuencia y de los cuales el más importante y trascendental consiste en autorizar su ejecución (Plaza, I, 518), es decir la ejecutoriedad (Guasp, "Comentarios...", I, 1016).

En el caso de autos, y en virtud del desistimiento que tuvo lugar en trámite de apelación, la sentencia del Juzgado no llegó a ser firme. Prueba de ello es la negativa del Juez —confirmada por la Audiencia— a dar curso a la ejecución, efecto, como se ha dicho, primordial de las sentencias firmes.

Y para que la sentencia no pueda ser atacada ulteriormente por vía procesal, que es en lo que consiste precisamente la cosa juzgada, o cosa juzgada material según la terminología germánica (Guasp, "Comentarios..." I, 960), es necesario que aquella sentencia sea firme. La cosa juzgada formal sirve de base para la cosa juzgada material. Esta es la doctrina (Guasp, ob. cit. I, 1128), que el Tribunal Supremo acepta en la presente sentencia. Ya en la de 17 de diciembre de 1927 se dice que "lo primero que se necesita, es que la sentencia sea firme", e incidentalmente, en la de 13 de febrero de 1925. Véase también la de 7 de julio de 1943, en cuanto a la cosa juzgada formal y cosa juzgada material.

**8. POBREZA: PRESUNCIÓNES:** *No basta aportar certificaciones negativas del Registro de la Propiedad y de las entidades bancarias para establecer la presunción de que el ingreso no es superior al doble del salario de un bracero de la localidad. Tampoco es suficiente el hecho de solicitar el beneficio de pobreza con objeto de exigir una pensión alimenticia. [Sentencia 30 abril 1953.]*

## II. Procesos en especial.

**1. PROCEDIMIENTO DE DESAHUCIO: CUESTIONES COMPLEJAS:** *Las cuestiones complejas cuyo conocimiento y resolución está exaltado por la jurisprudencia de esta Sala de los trámites del procedimiento sumario de desahucio, no son las consistentes en difíciles o complicadas opera-*

ciones de liquidación, que han de centrarse en la ejecución de sentencia, sino las que resulten de la reciprocidad y variedad de prestaciones a que quedan obligados los mismos contratantes en el negocio jurídico que se discute.

**PROCEDIMIENTO DE DESAHUCIO: APLICABILIDAD AL ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA:** *El juicio de desahucio es aplicable, no sólo cuando lo arrendada es una finca rústica o urbana, sino también cuando se trata de un arrendamiento de industria.* [Sentencia 30 octubre 1952.]

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, apoyándose en las consideraciones siguientes:

“... que las cuestiones complejas a que parece aludir el demandado, hoy recurrente, centradas en la ejecución de sentencia, se refieren a posibles difíciles o complicadas operaciones de liquidación de existencias de harinas, cupos, reservas, etc., ajenas al vínculo contractual que se resuelve y a las que de ordinario se hallan afectas terceras personas, y esta complejidad no es a la que alude la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala para excluir su conocimiento y resolución de los trámites del procedimiento sumario de desahucio, sino a la que resulte de la reciprocidad y variedad de prestaciones a que quedan obligados los mismos contratantes en el negocio jurídico que se discute...” y que “... la tesis que en el recurso se quiere sostener de que el procedimiento de juicio de desahucio sólo puede aplicarse al de fincas, ya rústicas, ya urbanas, es notoriamente insostenible, porque la existencia del arrendamiento de industria, en el concepto jurídico de arrendamiento de cosa, no sólo está admitida por la normal interpretación de los preceptos legales, tanto sustantivos como adjetivos, ratificada por la reiterada jurisprudencia de esta Sala, sino que de manera explícita y con particular denominación se consigna como tal figura jurídica en los artículos 4.º, 5.º y 6.º de la vigente LAU.” (Considerando 2.º).

**2. DESAHUCIO: FALTA DE PAGO DE LA RENTA: EXCEPCIONES ADMISIBLES:** *La índole especial y sumaria de los juicios de desahucio, y más cuando se fundan en la falta de pago de la renta, en que la prueba a practicar queda reducida, conforme al párrafo 2.º del artículo 1.579 LEC, a la de confesión judicial o el documento o recibo en que conste haberse verificado dicho pago, no permiten discutir excepciones propuestas improcedentemente, como la que alega la demandada y recurrente, de que los arrendatarios no han sido puestos en posesión de la fábrica arrendada en la forma estipulada en el contrato de arriendo.* [Sentencia 21 abril 1953.]

**3. PROCESO DE DESAHUCIO POR PRECARIO: VALOR PROBATORIO DE LAS AFIRMACIONES HECHAS EN LA DEMANDA EN CASO DE INCOMPARCENCIA DEL DEMANDADO:** *Constituye error de derecho el desconocimiento de la valoración probatoria que el párrafo 3.º del artículo 1.593 de la LEC atribuye, en*

*los juicios de desahucio, a los hechos afirmados en la demanda, en los casos de incomparecencia del demandado. [Sentencia 6 diciembre 1952.]*

El T. S. declara *haber lugar* al recurso de casación apoyándose en las consideraciones siguientes: “que es cierto que la expresada conformidad (se refiere a la conformidad de las partes litigantes sobre los hechos) no determina por sí sola la procedencia de dar lugar al desahucio pedido en la demanda, porque la misma exige la concurrencia de los requisitos legalmente necesarios para ello, pero si éstos resultan de los hechos, que expuestos por el actor se han de tener como ciertos según la citada disposición del artículo 1.593 LEC, y por ello provistos de igual eficacia que los que de manera expresa se aceptan por las partes, no puede caber duda acerca de que si el sentenciador los desatiende, quedará desconocida la valoración probatoria que aquel precepto asigna a los hechos de la demanda, cuando el demandado de desahucio, citado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 577 de la Ley procesal, no compareciese.” (Considerando 2.º)

4. PROCESOS DE ARRENDAMIENTO: COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA: ARRENDAMIENTO DE LOCAL DESTINADO A VIVIENDA EN EL QUE SE EJERCÉ DE HECHO UNA INDUSTRIA: *Es competente el Juzgado municipal para conocer de la resolución de un contrato de arrendamiento de un local que se alquiló para vivienda, aunque de hecho se ejerza en él una industria. [Sentencia 30 enero 1953.]*

El T. S. *no da lugar* al recurso y declara que “para determinar la competencia hay que atenerse a los términos del contrato y de la acción ejercitada, sin que las infracciones contractuales que hayan podido cometerse, deban dar lugar a una modificación de las normas determinantes de aquélla, que redundaría en favor del infractor.” (Considerando 1.º)

OBSERVACIONES: Se confirma en esta sentencia la doctrina de la de 18 mayo 1949.

### III. Recursos.

1. LA CASACIÓN: SIMULACIÓN DE CONTRATO: CUESTIÓN DE HECHO: *Las cuestiones sobre existencia o simulación de los contratos celebrados son de hecho, están sometidas a las Salas sentenciadoras de instancia y no son recurribles en casación sino del modo que autoriza el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. [Sentencia 11 abril 1953.]*

2. LA CASACIÓN: ERROR DE HECHO Y DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: V. S. 23 junio 1953 (D. c., I, 9).

8. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚMERO 7.º DEL ARTÍCULO 1.692 LEC: *El informe dado al Juez por dos facultativos, al que la sentencia recurrida reconoció validez probatoria, puede aduuirse como documento demostrativo del error de hecho en que incurrió el juzgador. [Sentencia 6 junio 1953.]*

El T. S. declara *haber lugar el recurso*, fundándose en "que el motivo tercero del recurso acusa error de hecho en la sentencia recurrida aduciendo como documento demostrativo de tal error el informe de dos facultativos dado al Juez de L. en el sumario que se instruyó por los hechos mencionados y traído por testimonio a estos autos en el que hacen constar que las lesiones sufridas por el actor y su esposa en el referido accidente han durado de doce a quince días, dados los datos que les han sido facilitados y las características de los mismos y los niños (cuatro hijos del actor) por los mismos antecedentes unos cinco días, y si bien tal documento por sí mismo no tiene carácter de auténtico a efectos de casación, como quiera que la sentencia al hablar de accidente en su Considerando primero reconoce "las consecuencias para sus pasajeros que constan en el sumario que se instruyó al efecto entre los cuales viajaban los demandantes en estos autos", es claro que da validez probatoria al contenido de dicho documento que consta en dicho sumario, por lo que hay que apreciar el error de hecho y de derecho alegado que es motivo suficiente, y así se declara, para la casación de la sentencia." (Considerando 3.º)

## **SUMARIO**

### **1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS**

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Pignus Tabernae. Raíz de un problema actual en un texto de Scaevola.*

MARTÍN RETORTILLO, Cirilo: *El comodato en nuestros días.*

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel: *Algunas reflexiones en torno a la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.*

### **2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS**

SERRANO SERRANO, Ignacio: *La Ley de 17 de julio de 1953 sobre competencia y recursos en materia de arrendamientos rústicos.*

### **3. VIDA JURÍDICA**

### **4. BIBLIOGRAFÍA**

### **5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

### **6. JURISPRUDENCIA.**