

**ANUARIO
DE
DERECHO CIVIL**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.º

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL



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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO IV, 1.
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICBRE.
MCMLI

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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Las Sociedades irregulares

JOSÉ GIRÓN TENA

Catedrático de Derecho Mercantil

SUMARIO: I. *Los orígenes del problema y su trayectoria hasta el Código francés.*—1. Sociedades colectivas y comanditarias.—2. Sociedades anónimas.—II. *Derecho francés.*—a) Forma.—b) Evolución y régimen de la publicidad.—c) La construcción realizada por la doctrina y la jurisprudencia.—III. *Sistemas italianos.*—A) *Bajo el Código de Comercio.*—a) Forma.—b) Régimen de publicidad.—c) Efectos de la irregularidad.—B) *Bajo el "Codice civile."*—a) Sociedades colectivas y comanditarias.—b) Sociedades de capitales.—IV. *Sistema alemán.*—El Registro mercantil alemán.—b) Sociedades colectivas y comanditarias.—c) Sociedades anónimas.—V. *Crítica de los distintos sistemas.*—VI. *Las Sociedades irregulares en el Derecho español.*—A) *Evolución histórica.* 1. *Ordenanzas de Bilbao.*—a) El concepto de sociedad.—b) La personalidad de las sociedades.—c) La indiferenciación de las comanditarias.—Forma y publicidad.—2. *Código del 29.*—a) El concepto de sociedad.—b) La personalidad jurídica de las sociedades.—c) Las clases de sociedad.—d) Forma y publicidad.—B) *El Código vigente.*—a) El concepto y las clases de sociedad.—b) Personalidad jurídica, forma y publicidad.—c) Las sanciones del Código y las adiciones doctrinales para el supuesto de irregularidad.—d) Análisis de las sanciones de la irregularidad en particular y régimen de las sociedades irregulares: 1.º La supuesta falta de personalidad jurídica. 2.º La supuesta invalidez de los contratos con terceros. 3.º La interpretación del art. 24 del C. de c. a) Interpretación incorrecta. β) Interpretación correcta y deducción de un principio general sobre régimen de las sociedades irregulares. 7) Desarrollo del principio general. 4.º La responsabilidad de los gestores.

El incumplimiento de los preceptos del Código de comercio sobre forma y publicidad, es muy frecuente. Se nos aparecen sociedades irregulares de cláusulas de particiones que declaran la continuación de un negocio mercantil por los herederos, de situaciones derivadas de hechos concluyentes, de contratos de sociedad contenidos en documentos privados, de escrituras de sociedad no inscritas, etc. En todos los casos se precisa que se trate de sociedades mercantiles—cosa no siempre fácil de saber y sobre lo

cual no conviene ahora hacer ninguna anticipación de las ideas que vendrán luego expuestas—que no se contengan en escritura pública o que no se hayan inscrito en el Registro mercantil.

La exigencia de los requisitos cuyo incumplimiento origina la irregularidad, se debe a unas determinadas razones de política legislativa y a esta sirve una determinada técnica de derecho positivo. Ambas cosas se pretende descubrir en el examen del derecho comparado para ayudarse en la interpretación de nuestro Derecho. Para conseguir este resultado interesa, del Derecho comparado, lo que constituya un sistema. Se excluye la consideración de preceptos aislados puramente informativos. Son verdaderos sistemas el francés—que da entidad sistemática a la cuestión, constituyendo con ella un tema de la parte general del Derecho de Sociedades, aparte de haberlo suscitado históricamente—, el alemán—que no lo formula con aquel carácter general, pero atiende de otra manera a la misma necesidad—, y los italianos, del viejo Código y del «Codice civile»—aquél, de inspiración francesa con desviaciones notables y con doctrina más honda, y éste, con influencias germánicas a veces no bien comprendidas—. Excluimos el examen del Derecho inglés porque no se trata de informar, sino de ayudarse para la solución de los problemas que plantea nuestro derecho positivo. De él ya me ocupé en otra ocasión en que, con motivo del estudio de la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, tuve que tocar este problema de la irregularidad.

Al pasar, luego, al examen del Derecho español, he tenido necesidad de trazar la evolución histórica, valiéndome de la exposición de puntos que, aparentemente, no tienen nada que ver con el fundamental de este trabajo. Me conviene advertir que al recogerse más tarde en la exposición esos distintos puntos, para relacionarlos, se ve la utilidad de los mismos y que es sólo cuestión de paciencia, en la lectura sucesiva, el hacerse cargo de ello.

Una última aclaración previa me es necesario. En la situación actual de este problema me ha parecido que era más necesario seleccionar la bibliografía que acumularla. Si, efectivamente, faltase algo esencial para seguir el curso de la exposición y de la crítica, mi selección no estaría bien hecha. Espero que no haya sido así. Respecto del Derecho español he intentado estudiar el tema como si nada se hubiera escrito sobre él. También he prescindido de la Jurisprudencia. Me he propuesto reconstruirlo completamente y no condicionar esa reconstrucción a los ángulos de visión ya establecidos. En ello no va implícito que considere despreciables las aportaciones ajenas; al contrario, hay muchas muy importantes que tuve en cuenta en aquel trabajito sobre sociedades civiles y mercantiles que publiqué en la Revista de Derecho mercantil, así como las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo. Ahora aparecerán como coincidencias. Por supuesto, no debe deducirse de estas advertencias que crea que la selección o la eliminación de materiales deba ser regla; las fuentes de trabajo han de manejarse

según el fin y las circunstancias que, en cada caso, concurren. En éste, me ha parecido que debía proceder en esa forma, y así lo he hecho con el simple deseo de acertar.

Aunque no se refiera a la manera de haber realizado este trabajo debo consignar aquí mi agradecimiento a los Decanos de los Colegios Notarial y de Abogados de Valencia, en los cuales hablé de este tema, quienes han accedido a mi ruego de permitir esta publicación en el «Anuario» con toda clase de deferencias para mi interés en puntualizar cosas, corregir la sistemática y, en definitiva, volver a situar en su sitio todos los aspectos del problema que resultaban impropios de una conferencia y son, sin embargo, de importancia para la crítica.

I. LOS ORÍGENES DEL PROBLEMA Y SU TRAYECTORIA HASTA EL CÓDIGO FRANCÉS

El planteamiento legislativo del problema de las sociedades irregulares se produce en la Ordenanza francesa del comercio de 1673. Pero sus términos están incompletos. Para dejar íntegro el cuadro de los precedentes de los tratados actuales, habrá que referirse a la situación respecto de las Sociedades Anónimas, que vivían fuera de la Ordenanza.

1. En la manera de proponerse la cuestión en la Ordenanza influyen dos corrientes distintas. Una de ellas, que pudiéramos llamar tradicional y pacífica, procede de la línea de publicación de hechos y actos de importancia mercantil, en el seno de las corporaciones profesionales de mercaderes, y que afectaba a las sociedades, produciendo poco a poco la independización de las mercantiles respecto de la fuerza atractiva de la doctrina de influencia romanista (1). La otra corriente, más violenta y circunstancial, pretende la solución de un problema de la época y subsistirá a pesar de que esas circunstancias temporales desaparezcan. El problema era simplemente el siguiente: en la época que consideramos, no se había producido la diferenciación en figuras jurídicas independizadas rigurosamente, la serie de ellas que se habrían de deducir de la «*commenda*» como base troncal económica unitaria. En el derecho de sociedades, las ventajas, fuerzas e inconvenientes que influían merecen una especial atención, que se le prestará luego que hayamos expuesto la evolución legislativa y el cuadro de preceptos de la Ordenanza que han de servir de fondo para el examen crítico indicado.

Las *disposiciones legislativas* comienzan con la Ordenanza de Blois de 1579, que impone la inscripción en Registros especiales

(1) Como es sabido, la sociedad colectiva es inicialmente estudiada por la doctrina como una «*Societas omnium bonorum*» mientras resalta de hecho su base familiar. En su independización junto a otros elementos juega la firma publicada.

de las sociedades que se constituyan por extranjeros y con la llamada «Códé Michaud», de 1629, que extendió la obligación a todas las sociedades generales, incluso las concertadas por franceses. La Ordenanza de 1673 intentó construir un sistema completo y, a los preceptos anteriores, adicionó importantes complementos que se indicaban en la síntesis que a continuación se expone del contenido de dicha Ordenanza. Es el siguiente:

1.º Todo contrato de sociedad—colectiva o comanditaria, que son las reguladas—entre comerciantes y negociantes debe redactarse por *escrito*: exigencia de forma, que hasta este momento no había preocupado. 2.º Un extracto del acta de constitución deberá ser registrado para su publicidad en la secretaría de la jurisdicción consular: publicidad que es ya conocida. 3.º Si no se procede en la forma que se indica en los apartados anteriores se producirá la *nulidad absoluta* de la sociedad: es decir, se añade una *sanción* extraordinariamente rigurosa: la nulidad invocable por los socios entre sí, por los socios contra terceros, o por terceros contra los socios (2).

El destino de estas normas fué desgraciado y su desgracia extraordinariamente *significativa*: encontraron gran resistencia en su aplicación por los «Parlements» y la sanción de nulidad absoluta producía consecuencias prácticas inaceptables. La doctrina contemporánea trató de hacer una construcción por virtud de la cual la nulidad operaría sólo entre los socios, y sería inoponible a terceros, y, en definitiva, en los años de la revolución, la costumbre había suprimido, de hecho, toda publicidad para las sociedades personalistas (3).

Como antes se ha indicado, hay que insistir sobre este destino inmediato de las normas de la Ordenanza y sobre los intentos de devolverle su vigencia; así aparecerán claros tanto los motivos reales de su inobservancia como los fines efectivamente perseguidos tratando de evitar la irregularidad. Estos problemas han sido estudiados definitivamente por Levy-Brühl, en un trabajo poco utilizado del que me voy a valer (4). Emplearé algunas de sus apreciaciones y, sobre todo, los documentos que acompaño como apéndice a este trabajo y que copio del suyo: una propuesta de declaración real sobre la inscripción de sociedades y la crítica, de oposición al mismo, de los jueces del Tribunal de París, a quienes se había pedido opinión sobre ese proyecto. La cuestión

(2) V. HEMARD: «Traite des nullités et des sociétés de faits». París, 1922, pág. 164, y PIC: «Des Sociétés commerciales», en el «Traité» de THALLER, t. I. París, 1940. Pág. 253.

(3) PIC, ob. y t. cit., pág. 254.

(4) Ese trabajo lleva por título: «Le régime fiscal des Sociétés de commerce au XVIII^e siècle (Documents inédits)» y apareció en la «Révue Historique de Droit français et étranger», 1934, pág. 65 y ss. Quizás su escasa utilización se deba a la palabra «fiscal» que haya despistado sobre su real contenido, hasta el punto de no ser manejado con frecuencia ni siquiera por la doctrina francesa.

se suscitó con motivo de un «affaire Lorry» que se vió en Rennes en 1748. Esos documentos me parece que contienen todo lo que hace falta saber respecto de los orígenes del tema de la irregularidad.

Puntualizando en el tema de la vigencia efectiva de las disposiciones mencionadas hay que decir: respecto de las viejas disposiciones de la Ordenanza de Blois y del «Côte Michaud», en la respuesta de los jueces de París, se dice que nunca se aplicaron; las de la Ordenanza del 73, igualmente fueron excluidas de toda vigencia (5); se intentó, más tarde, por disposición de 19 de enero de 1734, la efectividad de la Ordenanza y, según dice Levy-Brühl, tampoco se obtuvo resultado: las sociedades siguieron sin inscribirse (6).

La *finalidad* de las disposiciones evidencia su motivación técnica: los riesgos de la comandita oculta en el seno de las sociedades generales, que luego habrían de ser las colectivas, y que, por indiferenciación, cobijaban verdaderas sociedades comanditarias bajo su nombre de generales.

He aquí unos textos de los documentos antes indicados: «La inscripción de las sociedades ha sido ordenada por razones muy fuertes y esenciales para la seguridad pública y el interés del comercio. Se trata de que el público tenga conocimiento del número de socios y de sus nombres, cual sea la razón de la sociedad, es decir, que el comercio se ejerza bajo el nombre de tales y cuales en Compañía...» (De la petición formulada en favor de la disposición de 1734.) «Sabéis, señores, que la Ordenanza de 1673, título IV, De Sociedades, tiene por objeto fijar la forma en que debe ser redactada la sociedad general o en comandita y nos parece que las disposiciones de este título no cumplen su objeto; no vemos nada que caracterice precisamente la sociedad general o en comandita y nos parece que la ordenanza ha dejado a los jueces caracterizar las sociedades conforme a las estipulaciones de los socios.» El texto anterior precede a la propuesta de articulado que se elaboró con motivo del asunto Lorry antes indicado. He aquí ahora los artículos propuestos de interés para nosotros: «Que toda sociedad sea reputada general y considerada como tal para todos cuyos nombres estén expresados en la denominación de la razón social e, igualmente, para todos aquellos a quienes la firma de dicha razón social esté encomendada aunque ellos no estén denominados.» (Art. 1.º) «Que todos los demás interesados solamente

(5) He aquí textos tomados por LEVY-BRÜHL de autores contemporáneos: «el uso es contrario a la disposición de este artículo: los documentos de sociedad ni se publican ni se registran en absoluto». (BORNIER: «Ordonnance de Louis XIV sur le commerce»); «el uso contrario ha prevalecido, es raro hoy que se registren las sociedades de comerciantes». (JOUSSE: «Commentaire sur l'Ordonnance du mois de mars 1673»: «en la práctica no se registra ninguna clase de sociedad». (BOULARIC: «Explication de l'Ordonnance de Louis XIV concernant le commerce»).

(6) Trabajo cit., pág. 70.

serán reputados socios en comandita, a menos que su consentimiento sea expresado de otro modo...» (Art. 2.º)

Las razones de la *inobservancia* también son de notable interés. De un lado, está la fuerza social que supone la participación, por esta vía encubierta de nobles y clérigos que comienzan a interesarse en el comercio, a pesar de la prohibición que les afecta. De otro, la incorrección técnica de la sanción de nulidad. Es muy probable que se tuviera fe en la idea de que esta nulidad debiera operar como una prohibición policíaca, sin darse cuenta de que, sin una real acción de esta naturaleza, la declaración legal era impotente para evitar el hecho que, aparentemente con tanto vigor, se quería excluir. Vienen a ser un espejo de previsión, las dificultades que anticipan los jueces de París que se oponían a la vigencia de la Ordenanza.

He aquí su comentario a los arts. 6 y 7 propuestos a su consulta y referentes a la cuestión de la nulidad: «Un comerciante socio, sea demandante o demandado, estará obligado a justificar la inscripción de la sociedad; pero un demandante que no sea socio, que demande a un socio, ¿estará obligado a probar por su parte la inscripción y a pagar los gastos de un control? Además, si el demandado socio ha dejado de realizar la inscripción, ¿perderá su derecho del acreedor de las sociedad?» La Ordenanza de 1673 pronuncia una nulidad de la sociedad por falta de inscripción, tanto entre los socios como respecto de los acreedores, pero hoy casi todas son nulas, puesto que hay muy pocas registradas. Siendo así, ¿en provecho de quién se obtendrá el beneficio y cómo el acreedor de una tal sociedad podrá hacerse pagar después de haber cumplido de buena fe?

Desaparecerán la dificultad de diferenciar a las comanditarias y las circunstancias temporales y, sin embargo, subsistirá un sistema inicialmente tan infeliz, con elevado rango en la atención de los mercantilistas. Por asombrosa que esta permanencia parezca así ha sucedido realmente.

2. Respecto de las sociedades anónimas, para el período inicial que se refiere a las sociedades coloniales, no hay que destacar más que una cosa: el nacimiento de una sociedad anónima no es un negocio de particulares que interese ordenar. Es la creación de un organismo de base institucional y publicística cuya iniciativa, en el mercantilismo (conveniencia económico-material del objeto que persigue) corresponde al Estado que lo maneja en forma de organismo con funciones públicas separado de la organización ordinaria. Su personalidad corporativa arranca de una «incorporación» al «cuerpo» del Estado que nace con la ley fundacional. Con este punto de vista queda descartada toda consideración de los problemas privados de forma y publicidad por la misma naturaleza privada de éstos.

A partir de la Codificación, comienzan a formarse los distintos

sistemas legislativos que llevan al cuadro que en la actualidad presenta el derecho comparado.

II. DERECHO FRANCÉS

a) En materia de forma, el Código, siguiendo la Ordenanza de 1673, prescribió para las sociedades colectivas y comanditarias la constancia escrita en documento público o bajo firma privada, ateniéndose en este caso al art. 1.325 del Código civil. Respecto de las Sociedades Anónimas, en el art. 40 exigió el documento público, pero la ley de Sociedades de 1867, en su art. 47, derogó aquel precepto, estableciendo la opción de forma pública o privada.

En la doctrina y en la jurisprudencia se ha discutido si la exigencia de forma se hace por los textos anteriores «ad solemnitatem» o «ad probationem». En la actualidad se puede considerar resuelto el problema en favor de la segunda de las soluciones (7).

Ahora bien, con todo, recurriendo al derecho civil, en el caso de que el objeto sea superior a los quinientos francos, no bastará la prueba de testigos. Pero lo más importante es que al ser la forma un presupuesto de la publicidad de la sociedad, la sanción que se aplica en caso de falta de ésta—supuesto necesario si no se da la forma publicable—se traslada y produce la inoponibilidad a terceros en la manera que veremos inmediatamente.

Para la comprensión del sistema, no es preciso entrar ni en el contenido necesario del escrito ni en la forma referida a las modificaciones del contrato inicial (8).

b) Respecto de la publicidad se ha producido una evolución cuyos trazos conviene examinar:

El C. de C. reinstauró las prescripciones de la Ordenanza, que, como sabemos, habían caído en desuso; determinó la obligatoriedad de la transcripción del contrato de sociedad en la Secretaría del Tribunal de comercio y su inserción en la Tabla de anuncios de la Sala de Audiencias del Tribunal. Se volvió a la exigencia de aquellas viejas prescripciones—creyéndolas instrumento eficaz para salir al paso de los abusos, cometidos en la época del Directorio (9)—, bajo la sanción de nulidad.

A este sistema se añadió en 1813—por un Decreto de la emperatriz María Luisa—declarado inconstitucional y vuelto a reproducir en la Ley de 31 de marzo de 1833, el de publicación por vía de periódicos y en este sentido se rectificó el art. 42 del Código de comercio.

(7) Vid. ESCARRA: «Manuel de Droit Commercial», t. I. París, 1947. Página 314. Queda todavía alguna opinión en contra: Vid. RIPERT, «Traité élémentaire de Droit Commercial», París, 1948. Pág. 257.

(8) Vid. sobre ello los dos libros anteriores y el de PIC, cit. en págs. 232 y siguientes.

(9) PIC, I, 254

La ley de 24 de julio de 1867 volvió a reglamentar toda la materia de publicidad (arts. 55 a 65, que sustituyeron a los 42 a 46 del Código) y significó respecto del régimen anterior lo siguiente: supresión de la inserción en el tablón de anuncios, transcripción simplemente de un extracto y depósito de copias de los documentos constitutivos, y por último—muy importante—unificó el sistema, ya que las Sociedades Anónimas (desaparecido el sistema de autorización previa y el anuncio en el tablón que se aplicaba a la Ordenanza que las aprobaba), quedaron sometidas al régimen corriente, consumándose la línea evolutiva hacia su privatización absoluta, si bien añadió unas normas complementarias de publicidad para ellas.

La ley de 18 de marzo de 1919, que instituyó el Registro Mercantil, dispuso la inscripción de sociedades bajo la sanción de multas. Conviene añadir que este Registro francés desempeña un papel muy modesto, de simple repertorio administrativo centralizado, destinado a facilitar las informaciones y su búsqueda (10). Por último, el Decreto-ley de 30 de octubre de 1935 vuelve sobre la materia, revisándola. Suprime la duplicidad del depósito de la Ley del 67, precisa las declaraciones que se deben llevar al Registro, instituye un Registro central, y sobre todo añade la precisión definitiva de la inoponibilidad a tercero, de la nulidad por falta de publicidad, permite la sanación de este defecto por los propios interesados, y declara la prescriptibilidad de la acción de nulidad por el transcurso de cinco años.

Marcada la evolución, conviene hacer la síntesis del derecho francés vigente: 1.º La publicidad consiste en el depósito de un doble ejemplar del documento constitutivo en la Secretaría del Tribunal de comercio, e inserción de un resumen del mismo, con las menciones que prescribe la ley de 1867 en su art. 57, en un periódico de anuncios legales. Además, inmatriculación en el Registro mercantil central y en el local. 2.º La omisión de las dos primeras publicaciones se sanciona con la nulidad de la sociedad, si bien los socios no pueden invocarla contra terceros. No da lugar a esta sanción, sino a la de la multa, la omisión de la inmatriculación en el Registro. Aquella nulidad puede evitarse cumpliendo tardíamente y en cualquier momento con la publicidad y se somete a prescripción quinquenal (11).

c) Con los textos legales que se acaban de exponer, trabajan la doctrina y la jurisprudencia francesas, dando lugar a un sistema cuyo alcance y dirección difícilmente podrían deducirse de una simple lectura de los textos anteriores. Dos poderosos instrumentos se han utilizado en la interpretación de los mismos, ambos interesan porque, justamente, son los que en su momento nos

(10) Las críticas al sistema registral francés son unánimes. Vid. ESCARRA, op. cit., pág. 313, del «Manuel», y PIC, cit., pág. 252.

(11) Para la comprensión del juego del sistema no conviene mezclar ahora la cuestión de la publicación incompleta

servirán para tratar de descubrir en qué consisten las incorrecciones del sistema francés, ya que, en definitiva, no hay más que continuar con el rumbo que uno y otro marcan.

El primero de ellos ha sido el examen atento de los intereses que aquí se trata de armonizar; en definitiva, una línea de conducta de carácter metódico; el segundo, la aplicación a este caso de la teoría francesa de las sociedades de hecho, teoría sobre la que habremos de volver en otro lugar, pero que conviene enunciar ya aquí. Me valgo para ello de una síntesis muy bien hecha—me parece—: «Los principios del derecho común sobre las nulidades hubieran llevado en el derecho de sociedades a hacer jugar el principio de la retroactividad de las mismas; lo que es nulo, no ha existido jamás... Las necesidades prácticas protestaban contra el rigor de los principios jurídicos. La jurisprudencia ha hecho caer estos últimos construyendo su teoría de las Sociedades de hecho, de aplicación muy frecuente porque las sociedades nulas son muy numerosas. La idea general es simple: una sociedad declarada nula ha existido, ha funcionado, ha habido una comunidad real, una sociedad de hecho. De donde: 1.º La sociedad nula produce todos sus efectos en tanto contrato hasta el día en que la irregularidad se declara entre los socios y frente a terceros. Algunas decisiones admiten que la personalidad también subsiste hasta entonces. 2.º La sociedad de hecho toma su «forma»—su tipo—de la sociedad que hubiera debido constituir si hubiera sido regular. 3.º Cuando deja de existir debe ser liquidada... (12).

De esta manera resulta que en el derecho francés, para el supuesto de incumplimiento de las formalidades de publicación, la nulidad, enunciada por la ley, origina los siguientes resultados:

1.º Entre los socios se puede invocar en cualquier momento la causa de nulidad. Pero no da lugar a las consecuencias de una «inexistencia»: La Sociedad se liquida, opera, pues, como una causa de disolución de la Sociedad y se siguen las reglas de la clase de sociedad que sea, así como las normas que se acordaren en el momento constitutivo, las cuales extienden a la disolución su vigencia. Esta solución parece atender debidamente a la situación de intereses: el socio desea que no continúe una sociedad cuyo crédito es escaso y que está amenazada de extinción (13). Naturalmente, con la aplicación de las doctrinas de las sociedades de hecho, expuesta, se excluyen los intereses impropios (liberarse de sus obligaciones sociales cuando en realidad no hay motivo sustancial de ilicitud) (14).

(12) BONNECARRERE y LABORDE-LACOSTE: «Exposé méthodique de Droit Commercial». Paris, 1946. Pág. 140.

(13) Extraña esta desvinculación libre y no deja ello de ser razonable, como se verá.

(14) Vid. BONNECARRERE y LABORDE-LACOSTE, cit., pág. 149.

2.º Los terceros interesados en calidad de acreedores (15), normalmente deben estar interesados en la conservación de la sociedad, ya que, de esta manera, conservan su derecho contra el patrimonio de la misma; este interés es el que por regla general aparecerá como lícito, ya que se trata de conservar lo que el hecho de tratar como una sociedad les ha añadido al supuesto de haber tratado con personas que no estuvieran en tal situación jurídica. Podrían también estar interesados en la disolución, para salvar así la preferencia hipotecaria existente a favor de otro acreedor de la sociedad, la cual desaparecerá al desaparecer ésta, o para extinguir relaciones obligatorias con la sociedad que hayan devenido demasiado onerosas. Estos intereses ya no aparecen tan correctamente fundados. Debido a la inoponibilidad de la nulidad a los terceros por los socios, la doctrina y la jurisprudencia conceden a éstos una opción entre tener a la sociedad por válida, a pesar de su irregularidad, o solicitar la declaración de nulidad de la misma. En el primer caso, naturalmente, no hay problema, si no hay colisión en el sentido de que los socios pretendan la nulidad. Por supuesto los acreedores no tienen derecho a obligarles a continuar en sociedad; su derecho se extiende a considerar que han estado en sociedad, en relación con ellos, hasta el momento en que entre los socios se liquida y, por tanto, pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones sociales de los socios en cuanto a ellos afecta (16). En el segundo caso hay dos posiciones posibles: 1.ª Si no se aplica la doctrina de las sociedades de hecho, los acreedores provocan la anulación de la sociedad para el pasado y para el futuro con la consecuencia de la liberación de los acreedores de sus obligaciones si renuncian a las que sean recíprocas de la sociedad para con ellos, y, si no renuncian, entrarán en esas obligaciones los socios, pero individualmente como deudores conjuntos y solidarios por aplicación de la regla de la solidaridad mercantil. Con esta construcción se ha pretendido por los acreedores hacer efectivo un interés exorbitante: hacer que los socios con responsabilidad limitada en las sociedades en que éstos existen, pasen a la calidad de deudores individuales ilimitada y solidariamente obligados (17). 2.ª Las dificultades de salvar la anterior situación han contribuido a extender a este supuesto la doctrina de las sociedades de hecho: La sociedad aparecerá frente a los terceros según el tipo que efectivamente haya adoptado, si efectivamente en esta forma se ha dado a conocer a éstos (18). La nulidad produce así su operación para el futuro. La misma doc-

(15) Es preciso añadir la palabra interesado, porque no está abierta la invocación de nulidad a quien no tenga interés en ello. Vid. PIC, pág. 321, recogiendo la opinión dominante.

(16) Véase PIC, ob. cit., pág. 326. y ESCARRA: «Les sociétés commerciales», t. I. París, 1950. Pág. 202.

(17) Vid. PIC, 327.

(18) Vid. ESCARRA, «Sociétés», 219.

trina ha servido, a través de la evolución jurisprudencial, para excluir la destrucción de la preferencia hipotecaria (19).

3.º Los acreedores particulares de los socios tienen también la misma opción, a la cual no pueden oponerse los socios. Pueden tener interés en la conservación de la sociedad si esperan, así, lucrarse de los beneficios que al socio deudor sean atribuidos. Pero cuando se da el interés contrario, corriente, anulación que evita la separación patrimonial de la sociedad, entonces no cabe la doctrina de las sociedades de hecho y, frente a ellos, los socios no pueden invocar su existencia, pues de esa manera los privarían de la posibilidad de tener por inexistentes las aportaciones del socio de que se trate (20).

Además, y esto es muy importante, en el conflicto de intereses: conservación de la sociedad por los acreedores de ésta y disolución por los acreedores de un socio, no hay más remedio que conceder la primacía a estos últimos, con lo cual se produce una nulidad con efectos retroactivos de la sociedad y consiguiente perjuicio de los acreedores sociales que no podrán invocar ninguna preferencia a su favor sobre el patrimonio social, porque éste, para los acreedores de los socios, está en la misma situación que si nunca hubiera existido (21).

4.º Igualmente los deudores sociales podrán invocar la nulidad para oponerse a una demanda de cumplimiento de sus obligaciones o para lograr la extinción de unas relaciones jurídicas que les sean muy onerosas. Ambos intereses no parecen merecer la protección de la ley y, sin embargo, a ello llevan las consecuencias de la nulidad (22).

5.º El Decreto-ley de 1935 ha permitido la regulación tardía, incluso después de planteado un pleito con tal de que se efectúe antes de la sentencia en primera instancia, y hasta se entiende que el juez incluso puede conceder un plazo para realizarla, saliendo al paso de la doctrina que pretendía que la regularización no era oponible a interesados que funden sus intereses en títulos anteriores a la regularización (23), produciéndose, de esta forma, una sanación de la nulidad que no es corriente para las nulidades que la doctrina general de las mismas conoce. Pero, además, ha permitido la prescripción al cabo de cinco años de la constitución de la sociedad, lo cual, a la vista de las normas sobre regulación, supone la existencia de sociedades válidas sin publicidad a partir de los cinco años, y, si esta interpretación prevalece, supondría ni más ni menos que la destrucción de la totalidad del sistema por la ley misma (24).

Con el cuadro anteriormente expuesto de la situación del de-

(19) Vid. ESCARRA, «Manuel», 324.

(20) ESCARRA, pág. 221 de «Sociétés».

(21) Vid. ESCARRA, pág. 222 de «Sociétés», y PIC, pág. 333.

(22) Vid. ESCARRA, «Sociétés», pág. 197, y PIC, pág. 333.

(23) ESCARRA, págs. 199 y ss. de «Sociétés».

(24) ESCARRA, pág. 201 de «Sociétés».

recho francés en la materia de las irregularidades, no tiene nada de extraño que la doctrina se haya tenido que plantear el problema de la *naturaleza jurídica* de esta nulidad. Adviértese que dicha nulidad ha de entenderse como de orden público, lo cual da lugar a que se la haya de situar entre las nulidades absolutas. Pero de las de este grupo se separa porque, de acuerdo con el Decreto del 35, se permite la sanación con el cumplimiento tardío y, además, se la hace prescriptible, aparte de las limitaciones con que puede ser invocada, ya que se limita al grupo de los interesados en ella. Respecto de las nulidades relativas, tampoco cabe el entronque porque, a veces, no da lugar a efectos exclusivamente a partir del momento en que se la esgrime, sino que opera retroactivamente.

De aquí se deduce que haya autores que le niegan el carácter de verdadera nulidad; lo que hay es una causa permanente de disolución y en la incertidumbre de la existencia de la sociedad está la verdadera sanción legislativa (25). Otros, por el contrario, se aferran a la nulidad, si bien la caracterizan de especial o híbrida (26).

Expuesta la materia fundamental, queda hacer referencia al supuesto de publicidad incompleta. Aunque la jurisprudencia se ha mostrado vacilante entre la nulidad de la sociedad, si las cláusulas omitidas eran suficientemente importantes o la inoponibilidad de la misma a los terceros, en la actualidad la tendencia defendida por la doctrina es la última (27).

El juicio de conjunto sobre el sistema francés, según la propia doctrina de este país, no puede ser peor. Refiriéndose y alabando las correcciones del decreto del 35 dice Pic: «En efecto, el régimen favorecía simplemente todas las maniobras, sea de parte de la sociedad sea de parte de los terceros, realizándose a veces un verdadero «chantage» de la acción de nulidad» (28). Por su parte Escarra reconoce esa opinión, expuesta a través del anterior texto de Pic, si bien teme que las facilidades tengan las malas consecuencias que él cree ver en la política de complacencia. Parece evidente que no se trata de ser o no complaciente, sino que los medios puestos en ejecución de una actitud no complaciente, sean eficaces y no parece ser de ellos el de la nulidad del derecho francés.

III. SISTEMAS ITALIANOS

Es preciso hablar en plural de «sistemas», porque el establecido por el «Codice civile» difiere radicalmente del que ha estado en vigor bajo el Código de Comercio precedente.

(25) HEMARD y THALLER y PERCEROU. *cits.* por ESCARRA, pág. 192. y por PIC, pág. 319.

(26) PIC y ESCARRA, en los lugares cit. en la nota anterior.

(27) PIC, págs. 341 y ss., y BONECARRERE. *cit.*, pág. 150.

(28) Pág. 352.

A) Hasta el «Codice civile» se puede decir que el derecho italiano sigue una marcada inspiración francesa. A través del Código Albertino de 1843, copia del de Napoleón, que inspiró el de 1865, el cual a su vez no pudo por menos de influir en el del 82. No obstante esta influencia, el sistema italiano para las sociedades irregulares se desvía del francés en puntos importantísimos, los cuales son la base de una doctrina mucho más correcta y profunda que la francesa.

a) En lo referente a la *forma*, exige para las sociedades colectivas y comanditarias la forma escrita, mientras que para las anónimas y comanditarias por acciones y cooperativas, prescribe la escritura pública (art. 87). Pero ni en uno ni en otro caso se trata de un requisito «ad solemnitatem», estamos en presencia de un *presupuesto de la publicidad* que se sanciona conjuntamente con la omisión de ésta (29).

b) La *publicidad* se organiza de distinta manera respecto de las sociedades de personas y de capitales: El documento constitutivo de las sociedades colectivas y comanditarias se deberá depositar en la Secretaría del Tribunal de comercio de su sede, se transcribirá en el Registro de sociedades que en ella se lleva y luego se insertará en el periódico de anuncios legales (arts. 90 y 93). Se suprimió por ley especial la obligación de inserción en el tablón de anuncios del Tribunal (de origen francés). Respecto de las sociedades anónimas y comanditarias por acciones se añaden dos cosas: una de ellas es la publicación en un boletín especial de sociedades anónimas, la otra, muy importante, es la *homologación judicial* antes de que pueda procederse a su inscripción. Conviene detenerse en el significado de esta homologación del artículo 91 del Código de comercio italiano; he aquí el texto del párrafo 2.º, en el cual se contiene: «El tribunal civil, examinado el cumplimiento de las disposiciones establecidas por la ley para la constitución legal de la sociedad, ordena, con intervención del ministerio público la transcripción...» El artículo 156 del Código del 65 seguía el sistema de autorización gubernativa, cuya significación publicística conocemos. A través de distintas proposiciones, en los varios estadios de la elaboración del Código del 82, triunfó la de *legalidad formal* como secuela necesaria de la privatización de las sociedades anónimas y de la evolución del Estado y su concepto en el orden político y económico: No se examina la conveniencia del objeto social, sus perspectivas de éxito, la competencia de los administradores de la sociedad, nada de eso es ya función del Es-

(29) Así interpreta la doctrina el precepto del art. 98, que luego transcribiremos. Vid. VIVANTE, núm. 328, de su «Tratatto», y RAFFAELI, «Rasegna di giurisprudenza in materia di società irregolari», en «Rivista di Diritto Commerciale», 1940, t. I, pág. 463 y ss. Se trata de un estudio de síntesis que se refiere no sólo a la jurisprudencia, sino que también recoge la doctrina, a pesar de su título. Permite, así, tener a la vista un índice seguro de las materias pacíficas y de las dudosas, cosa que difícilmente podría obtenerse, dada la abundantísima bibliografía italiana.

tado, a éste corresponde el «fin jurídico», legalidad formal, y a esa idea corresponde la disposición legislativa (30).

Los artículos 88 y 89 determinan las menciones que deben contenerse en los documentos constitutivos. La omisión de alguna de las mismas—aclaran la doctrina y la jurisprudencia—no son motivo de irregularidad si del propio documento se pueden deducir los elementos para llenar lo incompleto.

El concepto de irregularidad deriva del incumplimiento de las normas hasta aquí expuestas. Pero la doctrina y la jurisprudencia han exigido un requisito positivo: que de alguna manera distinta de la establecida se haya exteriorizado la situación de sociedad. Es perfectamente correcta esta exigencia: basta pensar en que de otra manera el problema mismo queda disuelto: Los terceros no tienen que alegar ningún interés acreedor de protección si no han establecido relaciones jurídicas con una sociedad. ¿Qué cosas sean exteriorización suficiente? ¿Cómo se puede probar la existencia de una sociedad?, diferenciación en estos supuestos de las cuentas en participación, etc., etc., son cuestiones de detalle importantísimas, pero que no se pueden exponer si no se quiere dejar difuminadas las líneas fundamentales del sistema (31).

c) En la materia de instrumentos de técnica jurídica para conseguir que las situaciones de irregularidad no se den, el sistema italiano se nos presenta radicalmente distinto del francés: aparte las disposiciones penales sobre sociedades, que están fuera del Código y que sancionan con multa a los obligados a cumplir el deber de publicidad y lo infringen, en el mismo Código, en el artículo 97, se faculta a cualquier socio para realizarlo o para obtener la condena de los administradores a cumplirla. Se trata de una facultad, en modo alguno de una obligación.

Las sanciones de Derecho privado se especifican en los artículos 98 y 99, que constituyen la base de todo el cuerpo de doctrina, elaborado por los autores y tribunales. «Hasta que no hayan sido cumplidas las formalidades de los artículos 87, 91, 90, 94 y 95, no estará legalmente constituida la sociedad. Hasta la constitución legal de la sociedad, los socios, los promotores, los administradores y todos los que hayan actuado en nombre de la misma, contraen responsabilidad ilimitada y solidaria por todas las obligaciones asumidas.» (Art. 98.) «A falta del documento inscrito y de las publicaciones ordenadas en los artículos precedentes, cada uno de los socios en las sociedades colectivas y comanditarias, tienen el derecho de demandar la disolución de la sociedad.» «Los efectos de la disolución se producen desde el día de la demanda.» «La falta de las susodichas formalidades no puede ser opuesta por los socios a los terceros.» «En las sociedades anónimas y en

(30) Vid. comentario de MARGHERI al «Codice» en la pág. 141 y ss., perteneciente a la colección dirigida por BOLAFFIO y VIVANTE, t. IV, U. T. E. T., Turin, 1929.

(31) Vid. RAFFAELLI, trabajo cit., pág. 467 y ss.

las comanditarias por acciones, los suscriptores de acciones pueden instar la liberación de las obligaciones derivadas de la suscripción, siempre que transcurridos tres meses del vencimiento del plazo establecido en el art. 91, no se haya realizado el depósito del documento de constitución que en él se ordena.» (Art. 99).

Como se ve ha desaparecido en el derecho italiano la sanción de nulidad que existía en el derecho francés. Existía también en el Código del 65 y provocó discusiones en el transcurso de la reforma del Derecho italiano, hasta la publicación del Código, desapareciendo finalmente (32).

No obstante, la doctrina—quizá por la alusión reminiscente de la inoponibilidad a terceros de la falta de publicidad, no de la nulidad, que ha desaparecido en la redacción del artículo 99—en un primer momento, importó la doctrina francesa. La reacción no se hizo esperar y la autoridad de Bonelli y de Vivante cortó la introducción injustificada definitivamente (33).

Los principios más importantes que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado, se podrían sintetizar en el siguiente texto explicativo de la naturaleza de la irregularidad: «La irregularidad de una sociedad no se confunde con su nulidad..., así resulta explícitamente de los trabajos preparatorios, así como del artículo 99 que al prever la facultad de los socios de provocar la disolución de la sociedad, con efecto desde la fecha de la demanda, reconoce que hasta que eso no se provoque, la sociedad existe válidamente. La irregularidad no puede tampoco ser considerada como una forma de ineficacia total o parcial de contrato social. Se tiene ineficacia cuando la falta de un presupuesto legal impide producir sus efectos a una situación jurídica, mientras que la constitución de una sociedad irregular no es improductiva de efectos jurídicos, sino productora de efectos, en parte, diversos de aquellos que son propios de las sociedades regulares. El fenómeno de las sociedades irregulares es producto del perpetuarse contra la voluntad de la ley, una situación jurídica que debía ser sólo transitoria, pero que deviene duradera, aun permaneciendo precaria, porque se la puede hacer cesar en cualquier momento por los socios, sea haciéndola sociedad regular, proveyendo a su publicidad, sea provocando el fin del vínculo social.» (Salandra) (34.)

He aquí una síntesis de las normas más generales y de mayor interés:

La sociedad irregular existe como sociedad con personalidad jurídica (téngase en cuenta que, en el Código, la personalidad se entendía que era atributo de todas las sociedades, cualquiera que

(32) Véase el detalle de este proceso en MARGHERI, comentario cit., página 159 y ss.

(33) Vid. VIVANTE en nota al núm. 336 de su «Trattato», y SALANDRA, en «Nuovo Digesto», art. Società». Cito también a SALANDRA por su autoridad en el tema de sociedades irregulares.

(34) «Nuovo Digesto» cit., pág. 663 y ss.

fuera su clase) y, en principio, pertenece al tipo o clase de sociedad, con el cual se ha dado a conocer. En consecuencia, a los acreedores y particulares de un socio, está cerrado el patrimonio de la sociedad si no se dan los supuestos de la acción pauliana, aunque, claro está, que con la misma condición podrían ejercitar en forma subrogatoria la acción de disolución que al socio deudor le compete. Los acreedores sociales han de hacer excusión del patrimonio social antes de dirigirse contra los socios de responsabilidad ilimitada.

La norma del artículo 98, en cuanto establece una responsabilidad ilimitada y solidaria de los que han obrado en nombre de la sociedad, se limita exclusivamente a los que en tal forma han obrado, es decir, no hay una responsabilidad ilimitada de accionistas o socios comanditarios si en ellos no se da esa condición de haber obrado por la sociedad. No cambia como se ha dicho la naturaleza de ésta. Los terceros conocieron una sociedad que se les aparecía encajada en determinado tipo o clase, y no hay por qué extenderles la garantía con que ellos contaron al contratar. Ahora bien, probada la irregularidad, esos socios que por la sociedad actuaron, responden solidariamente con la sociedad misma, por tanto, respecto de ellos, no se da la excusión en el patrimonio social.

La acción de disolución, aunque se discrepe en el fundamento, se entiende que es irrenunciable, que sobre la misma no cabe compromiso y que es imprescriptible. La acción ejercitada produce sus efectos desde su fecha, como dice la ley, tanto entre los socios, como frente a terceros, aunque no haya sido objeto de especial publicidad, con tal de que la hayan conocido.

B) Con la publicación del Codice Civile (35), cambia en absoluto el Derecho italiano, del que se puede decir que rompe ya, definitivamente, su inspiración inicial francesa para recibirla del grupo alemán, aunque con diferencias importantes que le aseguran cierta originalidad. Conviene estudiar separadamente las sociedades de tipo personalista y las de capitales, porque así efectivamente ha tratado la materia la ley.

a) Para la sociedad colectiva se exige forma escrita, privada o pública, y la inscripción en el Registro de empresas que se crea como instrumento de publicidad. Esta inscripción está a cargo de los administradores y los socios, en su falta pueden hacerlo a cargo de la sociedad u obtener la condena de los administradores a realizarlo. Si se ha constituido en documento público se extiende al notario otorgante del documento tal obligación.

La exigencia de forma no es «ad solemnitatem», aclara la doc-

(35) Prescindo del derecho proyectado, porque no se trata de exponer todo lo que ha ocurrido en Italia, sino de dar cuenta de sistemas que puedan servirnos para luego interpretar el español y, en este sentido, la significación de ese derecho no presenta originalidad suficiente para constituir un sistema; de lo contrario lo expondríamos.

trina, sino presupuesto de publicidad (36). Por tanto, en el supuesto de la irregularidad, se puede probar la existencia de la sociedad de acuerdo con las reglas generales en materia de prueba.

La sanción del incumplimiento de las normas anteriores sobre publicidad, que origina la irregularidad, es completamente nueva en el Derecho italiano: «hasta que la sociedad no se ha inscrito en el Registro de empresas, las relaciones de la sociedad con los terceros, permaneciendo la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios, se regulan por las disposiciones referentes a la sociedad simple. Sin embargo, se presume que todo socio que actúe por la sociedad tiene la representación social, incluso en juicio. Los pactos que atribuyan la representación a algunos socios solamente, o que limiten los poderes de representación, no son oponibles a los terceros, a menos que se pruebe que estos los conocían». (Art. 2.297). Aparte estas sanciones o mejor, normas de regulación, existen unas sanciones penales, así como la exclusión de los beneficios del «concordato preventivo» y la «Administración controlada», que no necesitan de ninguna aclaración.

Como puede deducirse de este texto, ha desaparecido la precariedad que amenazaba a las sociedades irregulares. No exigida una publicidad especial para las sociedades simples, puede jugarse con el recurso de la conversión, adicionando a las sociedades simples lo que en el tráfico mercantil se entiende más importante para garantía de los terceros: solidaridad y representación que aseguran los efectos vinculantes de los actos jurídicos realizados frente a los socios (37). Ahora bien, el recurso a las sociedades simples no es completo, o mejor, íntegro: en todo lo que no afecta a terceros, permanece en vigor la subsunción bajo el concepto legislativo de sociedad colectiva, porque este debe entenderse ser el tipo genérico para las sociedades mercantiles que no especifiquen su clase, si tienen objeto mercantil, y porque, establecida la obligatoriedad de atenerse a un tipo mercantil para las sociedades con ese objeto, no puede entenderse que la ley haya querido incurrir en contradicción (38).

Para las sociedades comanditarias valen los mismos principios, ya expuestos para las colectivas, con una adición que viene de la elaboración doctrinal que había tenido lugar bajo el Código precedente: «Hasta que la sociedad no se haya inscrito en el registro de las empresas, se aplicarán a las relaciones de la sociedad con los terceros las normas del artículo 2.297. Sin embargo, los socios comanditarios responden limitadamente a su cuota por las obligaciones sociales, salvo que hayan participado en ellas (Art. 2.317.)

b) Para las sociedades de capitales ha desaparecido, realmen-

(36) Vid. BRUNETTI, pág. 183 y ss. del t. I de su «Trattato del Diritto delle Società». Milán, 1946.

(37) Vid. SALANDRA, cit. por BRUNETTI, en pág. 450. en nota.

(38) Estos argumentos son de SALANDRA y los acoge BRUNETTI en páginas 457 y ss.

te, la irregularidad, según la doctrina que podríamos decir dominante, dentro de los límites del escaso período de vigencia que aun lleva el «Codice Civile», ya que la forma pública se entiende que se exige «ad solemnitatem» y la inscripción se considera que es constitutiva. Para la finalidad que aquí se persigue y dado que la materia parece suscitar alguna controversia, entiendo que lo mejor es atenernos a lo que el legislador ha manifestado en la «Relazione». Ya se sabe que ésta no es de suyo vinculante, pero, independientemente de lo que den de sí la doctrina y la jurisprudencia en el futuro, siempre tendrá para nosotros el interés del modelo que los redactores del «Codice» quisieron efectivamente establecer. Así pues, en vez de citar aquí artículos y doctrina (39) vamos a tomar esos textos: «En la sociedad anónima, comanditaria por acciones y de responsabilidad limitada, donde las formalidades tienen eficacia constitutiva la falta de observancia de las formas legales implica que la sociedad no se ha constituido..., en defecto de la inscripción en el Registro, en el sistema del nuevo Código, no existe una sociedad anónima irregular porque ello estaría en contraste con la voluntad de los socios y con su derecho a la restitución de las aportaciones efectuadas. De ello se deduce que por las obligaciones concluidas a nombre de la sociedad antes de la inscripción, son ilimitada y solidariamente responsables hacia los terceros solamente aquellos que han actuado, a no ser que, naturalmente, del comportamiento de los suscriptores no resulte que han establecido una sociedad de otro tipo (sociedad simple, colectiva o comanditaria), en cuyo caso serán de aplicación las normas correspondientes (40). En realidad, el régimen queda claro con estos textos. Únicamente queda una indicación por hacer: la inscripción va precedida de la homologación, para examinar la legalidad de la constitución; esto supone entroncar con la línea evolutiva acerca de la misión del Estado en la fundación de personas jurídicas que, repetidamente, se han enunciado y que aquí no convenía pasar por alto.

IV. SISTEMA ALEMÁN.

a) Una pieza importante del sistema alemán para la materia que aquí tratamos es el Registro mercantil. Conviene anotar el contraste, en este punto, con los sistemas expuestos, porque ese parangón nos será de utilidad para el Derecho español. En realidad, lo único que habría de decirse es que en este sistema hay un verdadero Registro mercantil y en los anteriores no. En efecto, el Registro francés (y contando a partir de su creación en 1919) es rea-

(39) Vid. en BRUNETTI, pág. 161 y ss., y 222 y ss., y 267. y en FERRARA, pág. 161 y ss., respecto de las sociedades anónimas que pueden estimarse como patrón para construir la doctrina.

(40) Los textos están tomados de FERRARA, pág. 162, en nota de su libro sobre «Gli imprenditori e le Società».

mente un «casier commercial» (41) con datos de interés para el tráfico. En él no está formulada ni la significación de la inscripción respecto de la calificación del comerciante, y en general del hecho inscrito, ni los efectos de la publicidad en sentido negativo y en sentido positivo (42). Respecto del Derecho italiano anterior al «Codice Civile» ocurre otro tanto. Justamente el Registro de empresas ha sido una de las más importantes novedades que se ha incorporado al Derecho de ese país (43). No es preciso seguir la historia de la formación del Registro mercantil para poder afirmar que si bien es cierto que en el Derecho italiano medieval se iniciaba la construcción de un Registro mercantil, en su plena significación privada, corresponde su establecimiento al viejo A. D. H. G. B. y que del Derecho alemán se sirven, como modelo, los sistemas contemporáneos que le implantan (44).

Para este lugar, importa sólo recordar que en el Derecho registral que de este Código pasa al vigente, el cual asegura la significación de la publicidad, existen inscripciones con efecto declarativo y otras con eficacia constitutiva y que en él se formulan los efectos negativo y positivo de la publicidad. Para el derecho de sociedades es de interés, también, la tendencia a extender la eficacia sanatoria de la inscripción. El juego de estas ideas no hay por qué exponerlo aquí con carácter general; se ha de ver sólo su funcionamiento en el derecho de sociedades.

b) En las sociedades colectivas no se exige forma alguna para la validez del contrato. Naturalmente la falta de esta exigencia no excluye la aplicación de las normas del Derecho civil para el supuesto de realizarse aportaciones cuya naturaleza lo exija; por ejemplo, inmuebles (45).

La inscripción tiene un diverso significado, que conviene delimitar: 1.º Sirve a los fines de publicidad de la existencia de la sociedad, de manera que ésta no existe frente a los terceros, sino a partir de ese momento, a no ser que se haya dado una publicación

(41) ROUSSEAU, cit. por BONNECARRERE y LABORDE-LACOSTE, ob. cit., página 48.

(42) Vid. obra de la cita anterior en el lugar citado. En el mismo sentido recuérdese la cita de PIC y véanse las críticas de ESCARRA.

(43) Vid. cualquier libro posterior a su publicación. Justamente por la falta de un Registro de comercio, durante toda la época de elaboración de la doctrina de las sociedades irregulares, se ha producido el fenómeno de no saber utilizar, debidamente, ahora ese nuevo dato para la construcción de la misma materia después del «Codice».

(44) Véase SCHNITZER: «Handbuch des Internationalen Handels, Wechsel und Checkrecht», Zürich y Leipzig, 1938. Pág. 161 y ss., en el «Kommentar» de BECKER al C. civil suizo, en el t. VII-4, a cargo de HIS, Berna, 1940, páginas 1 y ss., y GIERKE, «Handelsrecht und Schiffahrtsrecht», 6.ª edición, Berlin, 1949.

(45) V. GIERKE, ob. cit., pág. 164.

La falta de forma es criticada por HUECK («Das Recht der O. H. G.», 1946, pág. 35 y ss.), basándose en que la duración del contrato y las consecuencias de responsabilidad ilimitada la aconsejarían, al mismo tiempo que de esta manera se conseguiría que el clausulado fuera completo y correcto.

extrarregistral, mediante el comienzo efectivo de su actividad de negocios; es decir, hay dos publicaciones posibles, y, por tanto, la inscripción no es constitutiva, siempre que se trate de un objeto social que entre dentro de la enumeración de empresas que de suyo son mercantiles según el artículo 2 del H. G. B. 2.º Pero el registro cumple una función calificadora de la condición de comerciantes para aquellos supuestos de comerciantes «debidos» o «potestativos»; en este caso sólo hay sociedad colectiva a partir de la inscripción; ésta es, pues, constitutiva, pero no por la estructura de la sociedad, sino por una necesidad técnica: la sociedad colectiva ha de ser comerciante, y como su objeto no es mercantil sino a partir de la inscripción, sólo entonces podrá ser la sociedad colectiva. Es decir, se trata de ideas que nada tienen que ver con la irregularidad, sino con la adecuación de tipo de sociedad y actividad de la misma. Antes hay sociedad civil. 3.º La inscripción es obligatoria y, por tanto, existe un deber de inscripción de carácter público que, por tanto, no puede excluirse por la voluntad de los socios. Se sancionan con las normas penales registrales establecidas para este supuesto. Desde el punto de vista privado no puede fundar un motivo de disolución, de acuerdo con lo expuesto en el número 1.º anterior (46).

Respecto de las comanditarias, valen los mismos principios anteriores en cuanto a la sociedad misma. Hay desviaciones respecto de la responsabilidad de los comanditarios, para el supuesto de falta de inscripción. Esto sólo se ha de exponer: Si la sociedad comienza su actividad de negocios antes de la inscripción, los comanditarios responden como socios colectivos. Este es el principio general del artículo 176 del H. G. B. Pero como puede ocurrir que no hayan podido oponerse o no hayan conocido ese comienzo de la actividad social, se entiende que, si efectivamente no se ha dado ese consentimiento, su responsabilidad comanditaria subsiste entonces.

Lo mismo ocurre—dado que el precepto es de proyección de terceros—cuando éstos han conocido la calidad de comanditario del socio de tal condición; y, por último, para el supuesto de inscripción constitutiva, puesto que se entiende que la sociedad es civil, la responsabilidad y las posibilidades de limitarla se rigen por las normas que valen para las sociedades de esta naturaleza (47).

(46) Vid. HUECK, cit., pág. 54.

(47) Vid. WÜRDINGER, «Gesellschaften», t. I, pág. 149 y ss., con el detalle de las decisiones jurisprudenciales en que se apoya. Critica este autor la construcción legal, porque entiende que hay dificultades probatorias y falta de claridad en el ligamen de representación que afecta a los comanditarios, como consecuencia de la actividad de los colectivos; propone que, de «lege ferenda», se impusiera un sistema más riguroso y más claro: sometimiento a las normas de la sociedad colectiva y declaración de que el comanditario que no ha consentido el comienzo de los negocios responda ilimitadamente y, aportando la prueba de esa falta de consentimiento, tenga abierta una acción de regreso contra los demás consocios.

c) Cuesta trabajo, a la vista de los preceptos cuidadosos y detallados de la Ley alemana de Sociedades Anónimas de 1937, imaginar cómo puede existir una sociedad irregular de este tipo según la acepción corriente entre nosotros. A la vista de los momentos que se discriminan en el proceso de fundación de una Compañía de esa naturaleza, trataremos de exponer las hipótesis que nos llevarían a sociedades irregulares.

Aparte de los momentos que tienen interés para el proceso fundacional, desde un punto de vista jurídico-dogmático, hay que partir de una diferenciación importante: en el nacimiento de una sociedad anónima cooperan la voluntad privada, mediante un negocio fundacional que exige el consentimiento de los intervinientes, del cual no nos importa ahora su naturaleza jurídica, sino su carácter privado, y un acto de índole pública o estatal que consiste en la inscripción. Ambos están expresamente indicados en la ley: «Con la asunción de todas las acciones por los fundadores—en el supuesto de fundación simultánea—está la sociedad erigida» («errichtet») (art. 22, párr. 1.º) (Utilizo la traducción de «errichtet» por erigida porque hay que buscar una palabra igualmente falta de significación técnica para dejar a salvo la objeción de infeliz que a este término elegido por la Ley alemana hace toda la doctrina de este país.) «Antes de la inscripción en el Registro mercantil no existe la sociedad anónima como tal» (art. 34, párrafo 1.º, inciso 1.º) (48).

El contenido del consentimiento que se presta en el primer negocio se determina por referencia a los estatutos. Pues bien, el establecimiento de los mismos es un acto sometido a forma notarial o judicial con un contenido mínimo que fija la Ley (art. 16), que han de realizar los fundadores tanto en el supuesto de fundación simultánea como sucesiva y que precede necesariamente a toda otra actividad del proceso fundacional. Por tanto, dada esa exigencia de forma «ad solemnitatem», quiere decirse que si no se observa la prescripción del artículo 16 no puede surgir ningún tipo de sociedad anónima irregular. Sin esos elementos, podrá haber una sociedad de fundación—que tendría otra naturaleza—si su objetivo es fundar la sociedad anónima o un contrato preparatorio si se concierta la obligación de participar en la fundación de sociedad anónima (49). Estas figuras pueden extender su vigencia a lo largo de todo el período fundacional, pero no son sociedades anónimas irregulares propiamente dichas (50).

(48) Respecto de la fundación sucesiva, el primer momento se discute si ha de verse en el instante en que se suscribe todas o más de todas las acciones o en la Asamblea constituyente. La discriminación de este problema no importa ahora, interesa sólo su existencia.

(49) En este caso, el Tribunal Supremo entiende que debe estar sometido a la regla de forma del art. 16, aunque no tenga como contenido necesariamente todo lo que en ese art. se especifica. Vid. LEHMANN: «Gesellschaftsrecht», 1949, pág. 187.

(50) Vid. GIERKE, ob. cit., pág. 243.

Si ocurriera la aparición en el tráfico de una sociedad anónima que ni de este requisito inicial de establecimiento formal de estatutos hubiera partido, aparte de las sanciones de multa por omisión en que pudiera incurrir o de cualesquiera otras de diversa naturaleza, lo importante es que no sería sociedad anónima, sino que—dándose los supuestos conceptuales propios de estas sociedades en cuanto reflejan la estructura corporativa que las diferencia de las demás sociedades en sentido estricto—constituirían asociaciones sin capacidad jurídica sometidas a las normas de las sociedades civiles, de acuerdo con los preceptos del artículo 54 del B. G. B., con las desviaciones que en el mismo y a través de la elaboración jurisprudencial alemana se han establecido, aproximándolas a las asociaciones reconocidas. Del régimen de éstas (51) importa a nuestro efecto lo siguiente: Por los negocios concluidos en nombre de la asociación responden los que en los mismos han intervenido; la asociación no responde sino en el supuesto de que, en efecto, los que han actuado por ella tuvieran poder; esta responsabilidad es solidaria, pero puede limitarse en los estatutos; la extinción se produce como consecuencia de las normas en vigor respecto de la sociedad civil; no hay ningún precepto especial que asegure la disolución. La disolución se produciría con su correspondiente proceso de liquidación. Naturalmente, esta hipótesis de irregularidad que hasta aquí hemos considerado no excluye la función absorbente de la definición de sociedades colectivas del H. G. B., que puede operar cuando el objeto de la sociedad sea la explotación de una industria mercantil.

Después de la «erección» de la sociedad (52), no hay sociedad anónima aún. Existe otra figura distinta, puesto que, como tal, no aparece sino hasta la inscripción. La doctrina se divide en cuanto a la conceptualización de la sociedad que vive hasta la inscripción. Las dos posiciones son éstas: se trata de una asociación sin capacidad jurídica; estamos en presencia de una sociedad en sentido estricto (53). La posición correcta y predominante es la primera. Respecto del régimen de esta asociación, que puede tener el carácter de una sociedad irregular en nuestro concepto corriente, ya que no existe inscripción, he aquí lo que interesa:

1.º Se aplican las normas de las asociaciones no reconocidas en principio; pero teniendo a la vista que éstas tienen por finalidad convertirse en sociedad y que ese, por tanto, es su objeto, consecuentemente en este sentido han de entenderse limitados los poderes de los órganos de representación que se establecen con

(51) Que aquí no puede exponerse completamente por razones evidentes y que tiene defectos fundamentales que hace que toda la doctrina proponga modificaciones, de «lege ferenda». Vid. ENNECERUS, «Derecho civil», t. I, pág. 513 y ss.; LEHMANN, *ob. cit.*, pág. 168 y ss., y GIERKE, *ed. del 41*, t. II.

(52) Véase más atrás la razón por la que se utiliza ese término.

(53) Véase cualquiera de los libros hasta ahora citados.

arreglo a la Ley de Sociedades Anónimas, y asimismo sus funciones representativas.

2.º La misma responsabilidad que el B. G. B. estableció para los que actuaban para las asociaciones no reconocidas se impone aquí. Ambos puntos están preceptuados en el artículo 34 de la Ley. La sociedad podrá luego asumir las obligaciones contraídas por sus representantes, pero fuera de lo necesario para la constitución definitiva no está obligada. La responsabilidad de los que han actuado en realidad es una vinculación obligacional como parte en los negocios jurídicos en los cuales hayan intervenido (54).

La inscripción en el Registro tiene una significación doble: 1.º Cerrando la evolución que partía de la intervención inmediata del Estado en la fundación de las sociedades anónimas, se está en presencia de un acto de «incorporación», atributivo de la personalidad jurídica, acompañado de las necesarias garantías (55). 2.º Desde el punto de vista privado, la función de publicidad se acompaña aquí con una serie de efectos sanatorios de vicios que aseguren la fe registral y afirme la confianza de los que con la sociedad contraten.

Como en exposiciones anteriores me ocupo sólo de sociedades anónimas tomadas como patrón de las sociedades de capitales.

V. CRÍTICA DE LOS DISTINTOS SISTEMAS.

Se hace preceder esta crítica al estudio del Derecho español, porque parece más conveniente llegar a él con pocas ideas claras que abordar su interpretación, al mismo tiempo que la crítica, sin discriminar previamente los criterios para la valoración de esta última.

Predominantemente, en las líneas que siguen se tendrán en cuenta criterios de conveniencia y de caracterización jurídica de las figuras.

Una última advertencia preliminar: publicidad y forma son dos cosas distintas; la publicidad no es una forma del negocio, aunque para hacer público un negocio, respecto del cual, en sí mismo, el ordenamiento positivo ya exigió o dejó de exigir una forma, se utilice un determinado instrumento; vg.: la inscripción registral. Podrá luego construirse la materia de manera que, temporalmente, se hagan coincidir en un supuesto dado; pero, desde

(54) Véase sobre estos extremos el comentario de BAUMBACH y HUECK en la Colección «Becksche Kurz-Kommenatare», 6.ª ed. Munich y Berlin, 1949. Pág. 68 y ss.

(55) De legalidad a través del examen judicial y, además, de fondo no sobre la conveniencia de la empresa—el Estado ha renunciado a la iniciativa económica—, sino de su moralidad económica: examen por personas especialmente cualificadas que precede al anterior necesariamente.

el punto de vista de la técnica jurídica, sus conceptos permanecerán idealmente diferenciados.

La forma que se exige para la constitución de sociedades de carácter personalista, en su origen no respondió a ninguna de las ideas por virtud de las cuales normalmente se exige una determinada para ciertos negocios. Los fines genéricos de seguridad «inter partes» no fueron los tenidos en cuenta. Se pretendía la *seguridad de los terceros*: se trataba de un medio de publicidad o, en todo caso, de un presupuesto de la misma. Está suficientemente demostrado con los datos que se aportaron antes al dar la evolución histórica; me atrevo a sugerir que se repita ahora la lectura de los textos que allí se han dado.

Sólo más tarde llevó la doctrina su construcción de la naturaleza de la forma en los negocios jurídicos al derecho de sociedades de personas, al mismo tiempo que el derecho positivo pensaba en la función de seguridad «inter partes» de la misma. Pasó entonces, como consecuencia del rigor constructivo de la técnica, al examen de la forma de las sociedades, considerada en sí misma, y se llevó el análisis al terreno de la doctrina general de la forma en los negocios jurídicos. Allí no había más que dos troncos diferenciales resuntivos del carácter con que el Derecho positivo la exigía en cada caso: exigencia «ad solemnitatem» o «ad probationem». Esta última carece de significación en cuanto elemento del negocio (56); pero aquélla, al ser elemento esencial del negocio, implica que su inobservancia supone la inexistencia del mismo. Indudablemente, este mecanismo es correcto aplicado a la relación negocial entre los intervinientes: que no exista lo que no se concertó en forma debida; que no baste para demostrar su realidad con cualquier medio, porque habría inseguridad siempre acerca de la existencia misma del negocio respecto del que se restringe la prueba.

Al enfocar con estas categorías mentales el problema de la forma en las sociedades, se descuidó el darse cuenta de que el concepto elaborado—siempre los conceptos deben ser una generalización correcta de datos de derecho positivo—no era ampliable a las sociedades porque éstas no constituyen con los demás negocios un conjunto homogéneo: las sociedades nacen de un negocio jurídico, pero dan lugar, y en tal calidad subsisten luego, a unas personas jurídicas o a unas comunidades de mano común con efectos de carácter jurídico-real y de responsabilidad. Este sujeto referencial actúa en el tráfico, y resulta irreal y artificioso decir que no ha existido o que no se puede probar que ha existido lo que efectivamente ha actuado, estableciendo relaciones jurídicas con terceras personas. Esto es inevitable, no hay irregularidad si no hay una sociedad que se ha dado a conocer; la sociedad interna es interna y no irregular. Necesariamente, pues, la sanción tradi-

(56) Vid. CARIOTA-FERRARA: «Il negozio giuridico», s. d., pág. 453.

cional de la exigencia de forma, *tene una virtute que no es de forma, sino de publicidad.*

La imposibilidad de integrar este supuesto en las categorías tradicionales ha obligado ineludiblemente a ampliar los términos de la clasificación. Esto es lo que se ha hecho al tratarse de introducir en la dogmática la clase de forma «ad irregularitatem» (Carnelutti) (57).

Desde el punto de vista metodológico está bien haber emprendido ese camino: los conceptos jurídicos no son sino generalizaciones correctas de datos que se reducen a caracteres uniformes, para poder proceder a la generalización; si los datos cambian y la generalización no es correcta, es ésta la que habría de cambiar y no los datos mismos, si queremos que la ciencia jurídica sea realista y útil. Pero esta rectitud formal no supone que, en el fondo, la categoría propuesta satisfaga a todas las exigencias: me parece que deja en la oscuridad un aspecto importante de la cuestión: en las sociedades de personas, forma y publicidad van indisolublemente unidas y, por tanto, esta categoría habrá de presentarse siempre como híbrida.

En cualquier supuesto, y sin perjuicio de entrar en mayores detalles inmediatamente, al unir a los datos, argumentos ligados al concepto de publicidad, conviene ya aquí dejar sentado lo siguiente: la exigencia de forma mediante la sanción de inexistencia, al integrarla como elemento esencial del negocio, estará siempre en radical contradicción con la realidad de una sociedad que opera como tal en el tráfico. Consecuentemente, serán, desde este punto, correctos aquellos sistemas que utilicen una *coacción* para que se siga la forma que se imponga y que luego no sancionen con la nulidad, sino que recurran a la *conversión*; es decir, dar por válida la sociedad con la estructura que no sea peligrosa para terceros: sociedad civil o sociedad colectiva en cuanto comprendida en la adoptada.

Respecto a las Sociedades Anónimas, la exigencia de *forma* se impone para las relaciones entre interesados y terceros, con mayor claridad, como absolutamente necesaria. Aquí también la sanción debe ser semejante a la anterior: conversión en Asociación no reconocida o en sociedad colectiva.

Una serie de cuestiones hay que plantear en lo referente a la *publicidad de las sociedades*. Como en el apartado anterior, conviene partir de ideas suficientemente seguras. En este sentido me parece que la caracterización de la hipótesis a la que atendemos

(57) A este autor se debe el descubrimiento de su particular naturaleza, según nos dice GENOVESE en su artículo «Le forme integrative e le società commerciali irregolari» en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», marzo de 1948, pág. 119 y ss. El autor propone un cambio de la terminología a favor del enunciado que se contiene en el título mismo del artículo.

debe ser ésta: la sociedad irregular por definición es una sociedad que se nos aparece a virtud de una *publicidad de hecho* (si no se publica en el tráfico, si el que actúa con terceras personas no lo hace en nombre de la sociedad o de cualquier otra manera, ya que las formas son discutidas en doctrina, aunque siempre haya de existir alguna, tendremos sociedad interna, pero no sociedad irregular, como acertadamente ha puesto de manifiesto al dar el concepto la doctrina italiana); hay que saber, pues, qué efectos, de esta publicidad de hecho, se derivan y en qué medida se encuentran determinados o influidos por la existencia de una *publicidad de derecho*, cuyos efectos negativos se superponen a aquéllos. Junto a estas ideas de carácter técnico habrá que colocar, tratando de descubrirlas, las de conveniencia que, en definitiva, informan en esta materia la política legislativa. Comencemos por estas últimas.

La publicidad de las sociedades cumple unos fines cuya determinación se puede hacer con toda claridad siguiendo su aparición histórica. Respecto de las sociedades de personas, el texto que antes copié es suficientemente seguro y expresivo: se trata de saber, no que existe sociedad, sino quiénes están en sociedad y cómo se obligan y qué aportan.

Que hay sociedad ya lo sabe el que contrata; si no lo supiera y contrató, a pesar de ello, con una determinada persona, con ella exclusivamente consintió en establecer relaciones jurídicas. Merece protección su interés en deducir todas las consecuencias que se derivan del hecho de haber entrado en relación con una sociedad con la que ha contado, y que estas consecuencias sean correctas. De momento no se puede predicar otra cosa más que la corrección. Quede remitido lo demás para más adelante.

Para protegerle se introduce la publicidad. ¿Pero cómo se obliga a su cumplimiento? Aquí es donde hay que examinar los distintos sistemas.

El instrumento *técnico de la nulidad* es completamente inadecuado. Desde el punto de vista de su conveniencia es absurdo: no se persigue por el ordenamiento destruir la Sociedad; lo que se quiere es que subsista con claridad y que sea perfectamente conocida: esta era la finalidad histórica. Con la nulidad no se puede conseguir porque va más allá de lo que el legislador creía que podía llegar: creyó el legislador que así no habría sociedades perturbadoras, sin darse cuenta de que, a pesar de su declaración de inexistencia de las mismas, éstas se presentan como *sociedades de hecho*; no percibió la impotencia del recurso técnico.

Pero todavía hay unas consecuencias con las que no contó: la palabra «nulidad» no es un término inofensivo; tiene, por el contrario, un valor técnico, y la doctrina habría de extraer todas las consecuencias de su utilización: de aquí se deduce todas las derivaciones que la doctrina francesa aportó. Casi todas ellas son incorrectas, excepto la aportación de la doctrina de las sociedades de

hecho, que es de extraordinaria utilidad y de corrección jurídica completa. Veamos las más importantes equivocaciones: la nulidad no tiene nada que ver con las nulidades que, deducidas de otros supuestos, elaboró la doctrina. De aquí que los autores franceses, con exactitud, dijeran que no encajaba en el concepto general de aquéllas ni en ninguna de sus clases. La razón es que sirve a una finalidad completamente distinta de las otras: las nulidades se derivan de razones de ilicitud sustantivas que aquí no se dan; se trata de un peligro implícito en un negocio jurídico, por lo demás completamente correcto; no se trata de proteger a los que han sido partes en un negocio, sino a terceros; al imponerse la nulidad y ser ésta invocable por cualquier interesado, se pone a merced de los acreedores particulares de los socios la facultad de disolver la sociedad contra los intereses de los acreedores sociales cuando en el tráfico ordinario resulta que no tiene más protección, para las disminuciones patrimoniales de aquéllos, que la «acción pauliana», cuyos supuestos también le protegerían en el caso de constitución de una sociedad; a los acreedores sociales se les atribuye una opción absurda: si contrataron con una sociedad y luego pueden optar por no tenerlo en cuenta, quebrántase la prohibición del principio por el cual se declara que no se puede proceder contra los propios actos.

Aparte la regla general que se contiene en el principio anterior, la nulidad es un quebrantamiento del juego de relaciones entre publicidad de hecho y publicidad de derecho. Como es sabido, los efectos positivos de la publicidad se atemperan mediante el juego de la buena fe, si bien con los efectos consiguientes de la carga de la prueba, lo que hace que no merezca la protección registral quien conoce la inexactitud del Registro. De esta manera —entre otras— se atiende a la resolución de los problemas de coincidencia del registro con la realidad. Desde el punto de vista de los efectos negativos de la publicidad, por regla general, se protege la ignorancia que se deriva de acontecimientos, producidos fuera del Registro, que están en contradicción con lo que en el Registro consta. De suyo, los efectos negativos no se suelen extender a aquellos supuestos que viven absolutamente fuera del Registro y que nunca causaron una inscripción, aunque puedan extenderse esos efectos, derivándolos de la obligación de inscribir aquellos hechos o negocios jurídicos que, siendo susceptibles de inscripción, estaban sometidos a aquella obligación de inscribirse. Pero en cualquiera de estos dos supuestos de amplitud del efecto negativo de la publicidad, también entra en juego la buena fe: no puede ser el mecanismo formal del registro una excusa de immoralidades; la publicidad efectiva que origina el conocimiento de hecho no hay razón para excluirla porque, en definitiva, está sirviendo actual y materialmente a la misma función a la que formalmente atiende el Registro.

Si este razonamiento quebrara, todavía quedaría el de reduc-

ción al absurdo: lo que se desconocería, en materia de Sociedades, sería nada menos que la existencia misma de la «parte» que contrató con el supuesto tercero que se trata de proteger, pues a eso equivale el considerar como nula a la Sociedad irregular con la que ha entrado en relación la persona que luego invoca su inexistencia. Podrán no perjudicar a ese tercero los términos del contrato de Sociedad celebrado entre los socios, respecto de cuyo negocio es efectivamente tercero en el orden mercantil, pero lo que no tiene sentido es que le perjudique la existencia misma de la «parte» con la que él ha contratado.

Naturalmente, en los sistemas jurídicos en que no existen declaraciones de efectos positivo y negativo de la publicidad registral, como el francés, y que, por tanto, los efectos de la publicidad de hecho no se pueden encontrar condicionados por el Derecho, la materia no merece ni la discusión.

Cuestión distinta es la de los efectos concretos que para terceros puedan tener los pactos sociales. Pero de esto ahora no se trata; la nulidad, que es lo que se toma de momento en consideración, se refiere a la existencia misma de la Sociedad.

En cambio, sí tiene importancia tratar de descubrir dónde puede tener lugar el perjuicio derivado de la falta de publicidad, para decidir sobre los otros sistemas que nos ofrece el Derecho comparado. No es preciso esforzarse demasiado para ver que lo que importa es que la función representativa de los que han actuado por la Sociedad cumpla sus efectos de establecimiento de ligamen jurídico con los que sean miembros de la entidad, que se conozca el alcance de la responsabilidad de los socios en cuanto constituyen desviación de la responsabilidad universal ordinaria, y que se pueda saber en qué términos se produce el acotamiento de un patrimonio afecto a los fines sociales. Naturalmente, estos fines están después de dar por sentado que la Sociedad existe. Para conseguirlo no hay más que un sistema: que la Sociedad exista, pero en circunstancias que no se pueda estimar peligrosa su existencia; es decir, mediante la conservación de la responsabilidad ordinaria, salvo que se den las necesarias garantías—variables según el tipo y poniendo en relación la publicidad registral con la de hecho—para desviarse de esa regla general. El recurso genérico más comprensivo es aquí el de la conversión: no se producen los efectos totales queridos, pero sí los mínimos igualmente queridos, para los que no hacen falta los presupuestos legales.

Respecto de la operación de estos principios, hay que hacer algunas adiciones que hacen referencia a las Sociedades de capitales y que parten históricamente de las Sociedades Anónimas. Como es sabido, la evolución que ha sufrido la manera de intervenir el Estado en esta materia, ha dejado un sedimento que no deja de tener su justificación práctica. En estas sociedades, que son las que tienen personalidad jurídica, el viejo acto de *incorporación* por un acto estatal, de carácter gubernativo, ha pasado a ser un

acto no gubernativo, pero no por eso menos estatal. Desde el punto de vista dogmático, a este acto se atribuye la concesión de la personalidad jurídica, sin cuyo atributo no se pueden considerar esas sociedades como tales, con tal de que se entienda la personalidad jurídica en su pleno alcance. Esta situación, aparentemente reminiscente, tiene su importancia práctica: la constitución de una sociedad de las de esta naturaleza, en cuanto en ese momento fundacional se procede a establecer su patrimonio, único responsable de la actividad del nuevo ente, que para nada tendrá comunicación con los patrimonios de sus socios, respecto de los cuales se produce una separación completa, que impide el recurso subsidiario a éstos para el supuesto de obligaciones sociales, es notablemente importante y peligroso. Conviene entonces reservar el momento de constitución para el instante en que la función examinadora de la autoridad registral o, en su caso, de expertos especialistas—en los ordenamientos en que esto se exige para las Anónimas—den la garantía del nacimiento sano del nuevo sujeto de derechos. Hasta entonces podrá existir sólo otro tipo asociativo.

Por supuesto, la adición de una responsabilidad especial para los que hayan actuado en nombre de las Sociedades en constitución y en las que se da irregularidad, en modo alguno ofrece dificultades técnicas o prácticas. Respecto de su alcance volveremos al tratar del Derecho español, ya que aquí no se trata del detalle de las cuestiones, sino del enjuiciamiento general de las maneras de atender al fenómeno jurídico de la irregularidad de las sociedades.

VI. LAS SOCIEDADES IRREGULARES EN EL DERECHO ESPAÑOL.

A) *Evolución histórica.*

1. *En las Ordenanzas de Bilbao*, correspondiéndose con las circunstancias jurídicas de la época, se dan las siguientes notas, cuyo curso posterior en nuestro Derecho será preciso seguir (58).

a) La Compañía que regula es la de «mercaderes». Es decir, no se ha acotado el Derecho mercantil en un Código objetivo que funcione sobre la base de subsunción en un concepto jurídico, que sea cerrado y excluya el recurso a otro Código complementario (el Civil) o lo reglamente en determinadas circunstancias generales. La Compañía de los comerciantes—correspondiéndose con el sistema de delimitación subjetiva de la materia mercantil—está caracterizada por el hecho de ser ellos los que en la misma participan. No preocupa la construcción de un concepto de Sociedad diferente del Derecho civil porque no son los conceptos del Derecho positivo los que con exclusividad juegan para la aplicación del Derecho.

(58) No quiere decirse que se dé una continuidad *directa*. La continuidad se da en la medida en que nuestra Ordenanza se asemeja a la francesa, ésta influye en el Código de Napoleón y éste en nuestro Código del 29.

b) La «abstracción subjetivadora», que va implícita en la personalidad jurídica de las sociedades aunque esté acogida en la doctrina, no es un concepto operante en la técnica legislativa. En la definición de Compañía (apartado I del capítulo X de las Ordenanzas) o en la obligación que se establece de publicidad y que luego veremos (ap. V del mismo cap.) lo que se tiene en cuenta es que *unos comerciantes* están en Sociedad.

c) Muy importante es poner de manifiesto que la sociedad comanditaria tampoco está diferenciada ni tipificada en nuestra Ordenanza. Conviene volver a repetir las consideraciones expuestas al tratar del Derecho francés originario: 1.ª En el sistema subjetivo y con las prohibiciones o desconsideraciones que regían respecto de la participación en el tráfico mercantil de nobles, c.érigos y militares, las figuras de sociedad comanditaria, y luego anónima, se enjuician desde el punto de vista de la posibilidad de que participen en ellas otras personas que no sean mercaderes sin que sean conocidas. Pero de rechazo la publicidad de estas sociedades iba en perjuicio del sígilo que era una de las razones de su utilidad. 2.ª La indiferenciación de las sociedades comanditarias o de participación de comanditarios en las sociedades de apariencia «general» son precisamente el motivo fundamental de las prescripciones sobre publicidad. 3.ª La fuerza de las clases sociales se deja sentir justamente sobre el incumplimiento de la publicidad. Carezco de datos para calcular la efectividad de hecho en nuestro país de estas consideraciones; pero ello no empaña la existencia del paralelismo en la indiferenciación de las comanditarias.

He aquí el texto de la Ordenanza demostrativo: «Todos los interesados en una Compañía serán obligados a abonar y llevar a debida ejecución, a pérdida o ganancia, cualesquiera negocio que cada compañero haga y execute en nombre de todos, con otras personas y negociantes fuera de ella; saneando cada uno las pérdidas que pueda suceder hasta en la cantidad del capital y ganancias en que fué interesado y resultara del total de la compañía; entendiéndose que aquel o aquellos bajo de cuya firma corriere la Compañía estarán obligados además del fondo y ganancias que en ella les pertenezcan con todo el resto de los bienes habidos y por haber...» (Cap. X, párrafo XIII.)

d) La publicidad es el motivo de la exigencia de forma y del sistema de publicación, mediante el depósito de la escritura en poder del Prior y Cónsules del Consulado:

«Siendo las compañías más frecuentes en el comercio aquellas generales que usan y practican muchos de sus individuos, conviene y es necesario para la conversión (sic) de la buena fe y seguridad pública, del mismo comercio en común, que todos los negociantes tengan exacta noticia de ella para que por este medio dirijan unos y otros sus negocios con mayor confianza y conocimiento...» (Apartado III.)

No existe ni un Registro ni unos principios de publicidad legal: existe una publicidad formal en el archivo del Consulado que se declara en el apartado V. No existen sanciones de derecho sustantivo para el supuesto de incumplimiento.

2. A partir del *Código de comercio del 29*, se producen ya algunos cambios de interés en la situación jurídica anterior.

a) Se *acoge* del Derecho civil el «concepto» de sociedad (artículo 264) (59). El uso del concepto implica una nota objetiva y de aplicación de las disposiciones por subsunción en el mismo y no por la calidad personal de los intervinientes. Este resultado se produciría, quisiera o no el Código, por el hecho de utilizar en el Derecho positivo definiciones: el artículo 2.º del Código refleja esta necesidad (60), pero no por eso las sociedades dejan de ser entendidas como agrupaciones de personas que son individualmente comerciantes, como se verá inmediatamente. El «es aplicable», del artículo 264, deja claramente de manifiesto que no ha querido el Código del 29 construir un concepto de sociedad distinto del civil: los tipos que él regula—colectivas, comanditarias y anónimas, como el francés—son subespecies del contrato de sociedad: en ellos se dan las notas mínimas de la sociedad del derecho común y, además, las características de la figura específica.

b) La personalidad jurídica tampoco está declarada ni juega en la técnica legislativa. Permanece, en este sentido, la característica de las Ordenanzas. El artículo 1.º del Código, al definir quiénes son comerciantes, se refiere sólo a los comerciantes individuales y no tiene en cuenta las sociedades. En el Registro de comercio hay dos secciones: la matrícula general de comerciantes constituye la primera; la segunda se refiere a cartas dotales y capitulaciones matrimoniales, *escrituras de sociedad* y poderes que afectan a aquellos que son los que interesan y constituyen la base del régimen de publicidad.

c) En el Código que consideramos están «definidas» y por tanto «tipificadas», las distintas clases de sociedades que reglamenta. He aquí el texto del artículo 265:

«Puede constituirse la sociedad mercantil: 1.º En nombre colectivo bajo pactos comunes a todos los socios, que participen en la proporción que hayan establecido, de los mismos derechos y obligaciones, y ésta se conoce con el nombre de compañía regular co-

(59) «El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se unen poniendo en común sus bienes e industria o algunas de estas cosas con objeto de hacer algún lucro, es aplicable a toda clase de operaciones de comercio, bajo las disposiciones generales del derecho común, con las modificaciones y restricciones que establecen las leyes del comercio.»

(60) He aquí su texto: «Los que hagan accidentalmente alguna operación de comercio terrestre, no serán considerados como comerciantes, para el efecto de gozar de las prerrogativas y beneficios a éstos concedidos por razón de su profesión, sin perjuicio de quedar sujetos en cuanto a las controversias que ocurran sobre estas operaciones a las leyes y jurisdicción del comercio.»

lectiva. 2.º Prestando una o varias personas los fondos para estar a las resultas de las operaciones sociales, bajo la dirección exclusiva de otros socios que lo manejen en su nombre particular: ésta se titula compañía en comandita. 3.º Creándose un fondo por acciones determinadas para girarlo sobre uno o muchos objetos que den nombre a la empresa social, cuyo manejo se encargue a mandatarios o administradores amovibles a voluntad de los socios, y esta compañía es la que lleva el nombre de anónima.»

Estas definiciones legislativas tienen varios defectos importantes y de inmediata trascendencia práctica: 1.º No toman como base la organización de la responsabilidad en cada figura, que, como es sabido, es la nota más importante. Pero además la responsabilidad interesa desde el punto de vista de los perjuicios que se pueden derivar de la falta de publicidad, como quedó demostrado en el primer momento en que el problema se planteó y que antes se expuso: 2.º No va indicado en la definición el requisito de la dedicación al comercio o la declaración de que el tipo mismo que se adopta da lugar a su calificación de mercantil con carácter necesario. Las consecuencias se arrastran hasta el derecho vigente, y al tratar de éste se expondrán.

Hay que añadir otra observación: las anónimas, que estaban fuera del derecho común de los comerciantes y vivían sometidas a las normas especiales de su creación por acto público, pasan ahora a integrarse en el Código. Esto supone que, salvo las disposiciones especiales que para las mismas se dicten, en lo demás quedan sometidas al régimen general de sociedades. Esta generalización del derecho positivo influirá en la construcción de nuestra *doctrina general* de las sociedades.

d) La *forma* se exige con fines de publicidad, como ocurría también en las Ordenanzas y, en general, en el Derecho comparado. Por la unificación de todos los tipos de sociedad, no se hace diferenciación en este punto: la norma se aplica a toda clase de sociedades. El cuadro dispositivo es éste: Se obliga a la escritura pública (art. 284). El documento privado obliga a otorgar la escritura antes del comienzo de las operaciones sociales. La misma norma vale para las modificaciones (arts. 285 y 289). La sanción por incumplimiento se precisa así: «La contravención de este artículo será suficiente excepción contra toda acción que intente la sociedad por sus derechos o bien cualquiera de los socios por los que respectivamente les competan, y será de cargo de la sociedad o del socio demandante acreditar que la sociedad se constituyó con las solemnidades que van prescritas, siempre que el demandado lo exija. La compañía, además, incurrirá por dicha omisión en la multa de diez mil reales de vellón» (art. 285, párrafos 2.º y 3.º). La idea publicitaria se refleja, por último, en la prohibición de pactos reservados (art. 287) y restricción de la prueba: «Los socios no pueden oponer, contra el contenido de la escritura, documento alguno privado ni prueba testimonial» (art. 288).

El *Registro* que establece el viejo Código, es fundamentalmente en su contenido la recepción de las viejas instituciones de las organizaciones corporativas de comerciantes: *matrícula* de comerciantes y publicidad formal de determinados hechos, que afectaban a aquéllos, y que son los que antes se han indicado. No obstante hay alguna adición importante: 1.ª El estar el Registro a cargo de la Secretaría de la Intendencia de cada provincia, supone la separación de la vida corporativa autónoma para ir al Estado, si bien con carácter fundamentalmente gubernativo. Esta tacha sería invocada por la vieja doctrina como una nota que afortunadamente haría desaparecer el nuevo Código, y como una notable conquista de éste. 2.ª Se dispone una sanción que pudiera ser una formulación inicial de la publicidad en sus efectos negativos, aunque importe más como antecedente del actual artículo 24 del Código de comercio: «Las escrituras de sociedad de que no se tome razón en el Registro general del comercio no producirán acción entre los otorgantes para demandar los derechos que en ellas les hubiesen sido reconocidos sin que por eso dejen de ser eficaces en favor de los terceros que hayan contratado con la sociedad (art. 28). 3.ª En cierta manera declara el principio de legalidad (art. 23).

El texto del artículo 28, puesto en relación con el 285, párrafos 2.º y 3.º, pone de manifiesto con absoluta evidencia: que la sanción del Código del 29 consiste en declarar *existente* la sociedad para terceros, e *inexistente* para los socios entre sí y para éstos frente a aquellos terceros. Es decir, a la vista de los antecedentes franceses que manejaba, Sáinz de Andino creó una solución más lógica que la francesa y más correcta, aunque no desprovista de inconvenientes. En cualquier supuesto, sin embargo, es la *existencia* misma de la sociedad lo que juega; no se trata de darla por existente o decidir que perjudique o deje de perjudicar el contenido de su documento constitucional. Así lo entendió la doctrina más autorizada, introduciendo ya la idea de la personalidad jurídica, indicando que era ésta la que no nacía sin los requisitos establecidos por el derecho positivo (61).

Para las sociedades anónimas, el Código dictaba unos preceptos muy interesantes y, en sí mismos, correctos. La privatización de las sociedades anónimas se había consumado con su publicación, y de aquí que separe, de un lado, las que hubieran de gozar de privilegios, y de otro, las demás. Respecto de las primeras se exigía la aprobación gubernamental; las segundas caían bajo la disposición del artículo 293: «Es condición particular de las compañías anónimas que las escrituras de su establecimiento y todos los reglamentos que han de regir para su administración y ma-

(61) Véase MARTÍ DE EIXALA: *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 5.ª edición, por DURÁN Y BAS, 1870, pág. 266, y GONZÁLEZ HUEBRA: *Curso de Derecho Mercantil*. T. I. 1853, pág. 122, y la extensa nota que en ella se contiene.

nejo directivo y económico se han de sujetar al examen del Tribunal de comercio del territorio donde se establezcan, y sin su aprobación no podrán llevarse a efecto». Basta la lectura del texto legal para percibir que, en el viejo derecho, quizá por la proximidad a la época inmediata anterior de vida de las sociedades anónimas y de los escándalos financieros y peligros de las mismas se comprendió la necesidad del *examen* de sus elementos constitutivos, desde el punto de vista de su legalidad formal y de su rectitud económico-jurídica, aunque el Estado, por consecuencia de la evolución política, renunció a la iniciativa completa de constitución de este tipo de sociedades.

La liberalización extrema del Estado con la secuela del desentendimiento de la vida económica sólo se produjo más tarde en nuestro país.

B. *El Código vigente* se propuso rectificar el del 29, pero lo tomó como base. Algunas de aquellas rectificaciones, aparentemente, lo eran sólo de dicción y, sin embargo, lo cierto es que contienen cambios importantísimos.

a) Grupo ahora el concepto y las clases de sociedades que hasta aquí se han expuesto como cuestiones separadas para utilizarlas ya en el tratamiento de uno de los aspectos del problema de las sociedades irregulares:

el artículo 116 parte, como el 264 del viejo Código, de una descripción del contrato de sociedad en general; pero luego no añade que «es aplicable», sino que «*será mercantil* cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código»;

en las definiciones de las distintas clases de sociedades del artículo 122, siguiendo al Código del 29, tampoco se hace referencia al ejercicio del comercio, ni se obliga para ejercer el comercio a adoptar un tipo mercantil. De aquí resulta: 1.º Decidir constituirse de acuerdo con las prescripciones del Código es un acto libre de los interesados. 2.º Como no hay en la definición el elemento del ejercicio del comercio, resulta que el concepto de cada sociedad mercantil no puede realizar la subsunción automática, que es la regla de funcionamiento del sistema de Derecho positivo actual en todas partes, sustituyendo así a la voluntad de los particulares, para definir las figuras, la de la Ley para decidir lo que realmente sean. En síntesis, el resultado es: ser o no ser una sociedad mercantil es una decisión arbitraria en todos los casos en que los interesados mismos no lo digan, y el hecho de poderlo decidir éstos, una incorrección de técnica legislativa.

Sobre la base de estos textos legales, la doctrina y la jurisprudencia han venido recorriendo un camino que han dejado a la mitad. Ambas han llegado a la conclusión de que lo decisivo, buscando apoyo en otros textos legales del Código, para decidir de la mercantilidad de una sociedad es su dedicación al ejercicio del comercio como respecto de los comerciantes individuales. Este re-

sultado es correcto, pero incompleto. Falta encontrar un instrumento por virtud del cual se determine que ese ejercicio del comercio no se pueda realizar más que por sociedades que adopten algunas de las formas que están en el Código de comercio; la existencia de «sociedades mercantiles», con caracteres distintos de los civiles, no es más que el resultado de una evolución por virtud de la cual se había entendido que para el tráfico mercantil hacían falta «desviaciones» del derecho común, y eso y no otra cosa venían siendo las colectivas y comanditarias. El Código tenía que haber resuelto la cuestión poniendo el «ejercicio del comercio» en el concepto de las colectivas, y así éstas hubieran sido las sociedades «generales» que siempre fueron mientras no se decidiera otro tipo por subsunción automática bajo el «concepto». Esta es la solución alemana correctamente entendida por la doctrina. No sería obstáculo, como no lo es en el derecho comparado, que las civiles, por su objeto, «puedan» adoptar una forma mercantil, y también es correcto que esta adopción sea un acto libre. En definitiva, se trata de un problema de «combinatoria»—valga la expresión—de dos términos: la sociedad «comerciante colectivo» y la sociedad «tipo de organización». Este tipo sólo debe valer para los que sean «comerciantes», y no debe poderse ser «comerciante colectivo» sino bajo la investidura de un «tipo» de sociedad mercantil. Si queda libre la adopción de un tipo mercantil para las sociedades que no se dediquen al comercio, declárese legalmente que sean «comerciantes» a partir de la inscripción, eludiéndose así su propia irregularidad: antes no ha podido, teóricamente, participar en el tráfico mercantil, pues si no, no serían civiles.

Añadamos, por último, que la «constitución con arreglo a las disposiciones de este Código» se han entendido no en el sentido de forma = clase de sociedad, sino formalidades = escritura e inscripción, y si esto se aceptara aún, uno de los problemas de nuestro tema sería insoluble si un arbitrio: *el del carácter mercantil de las sociedades irregulares*. Si la escritura y la inscripción son elementos esenciales, tendríamos la siguiente contradicción: siendo el postulado que no se ejerza el comercio por sociedades que no sean de las reguladas en el Código, por el propio precepto de éste se obstaculiza la calificación de mercantiles, de las que en efecto se dedican a ese tráfico, ya que, por definición, estas sociedades han infringido aquellos preceptos, de donde se deduce el absurdo de que el propio texto impida lo que desea.

Se nos presenta el problema del carácter mercantil de las sociedades irregulares, en el tráfico, en esta forma: unas veces se declara constituída una sociedad civil a pesar de tener por objeto el ejercicio de un negocio mercantil. Esto es frecuente en las particiones—más en las viejas que en las actuales—para continuar el negocio del causante. Otras no se dice nada y no existen documentos públicos. Simplemente, se nos presentan situaciones de sociedad que se derivan de «facta concludentia» o de documen-

tos privados, sin ninguna intervención jurídico-cautelar. Por último, lo más raro, se presentan sociedades que constan en escritura pública y luego no se han inscrito. En éstas, lo normal es que se declare constituir un tipo determinado, de los que en el Código de comercio se contienen.

En los dos primeros casos, la jurisprudencia ha decidido a veces que se trata de una sociedad civil. En el tercero, no se ha tratado de deshacer la calificación que en la escritura se contiene. La doctrina, con respecto al primer supuesto, ha censurado la tesis jurisprudencial sobre la base del siguiente argumento: si se dedica la sociedad al tráfico mercantil, es sociedad de esta naturaleza. Pero omite la doctrina tomar en consideración que la jurisprudencia, para resolver los problemas que se le plantean casi en todos los casos, lo que necesita saber es en qué tipo o clase de sociedad se las subsume. Este es, justamente, el paso que la doctrina no ha dado, como antes se indicó.

La solución del problema está en: 1.º Romper definitivamente con la idea de que escritura e inscripción tengan nada que ver con los elementos definidores de las sociedades mercantiles. 2.º Decidir que las sociedades que se dediquen a un tráfico mercantil son mercantiles. De aquí se deducirá la aplicación a las mismas de las normas referentes al «status» del comerciante: contabilidad, quiebra, etc. 3.º Decidir sobre la subsunción en un tipo determinado para poder saber a qué preceptos ha de atenerse su régimen de organización. De suyo, este fin debieran cumplirlo las colectivas, si en la definición de las mismas estuviera la dedicación al comercio. Pero habremos de remitirnos, para la solución completa de este problema, al momento en que hayamos estudiado las sanciones derivadas de la irregularidad. Quede, sin embargo, de momento claro que se acepta la idea corriente de la mercantilidad de las irregulares, pero quede también entendido que la solución del problema de la mercantilidad es al mismo tiempo la apertura de otro: el de la subsunción de las sociedades irregulares dentro de un tipo, y que éste no está resuelto.

b) Nuevamente tenemos necesidad de ligar dos cuestiones que se habían venido tratando separadamente: la de la personalidad y la de las exigencias de forma y publicidad.

La *personalidad jurídica* de las sociedades mercantiles se declara ya en el Derecho positivo (art. 116, párrafo 2.º). En otra ocasión he examinado los precedentes y el significado de esta declaración legal. Ahora interesa centrar la atención en la materia desde otro punto de vista: la personalidad de las sociedades juega en Derecho positivo, el cual hace construcciones partiendo de su existencia. Son de importancia aquí: las sociedades son «comerciantes» (art. 1.º del Código) y están obligadas a inscribirse en uno de los libros que a ella se dedican en el Registro mercantil (arts. 16 y 17).

La *forma* no se exige en el Código para las sociedades «ad so-

lemmitatem». La infracción del precepto del art. 119. párrafo primero, no da lugar a la inexistencia, sino a la *irregularidad*. Esta cuestión está clara por lo que determina el artículo 117, en el que la libertad de la forma se establece. Permanecerán, naturalmente, las restricciones de la limitación *de prueba* del artículo 51 del Código de comercio. Por tanto, salvadas estas restricciones, tendremos que, probada una situación de sociedad con escritura pública o sin ella habrá pasado a la situación de sociedad irregular sometida al régimen que para éstas tratamos de determinar. En nuestro Derecho, en definitiva, la exigencia de escritura es presupuesto de la publicidad, derivada de la regla sobre documentos susceptibles de ser llevados al Registro y, al mismo tiempo, inspirada en la idea de constancia clara de los términos en que la sociedad se constituye con vista a los terceros interesados.

La *publicidad* que se establece, que, en definitiva, constituye el eje del problema, ha de ser analizada con cierto detalle: el Código de comercio establece un Registro de comercio en la plena significación de la palabra en derecho privado. La aspiración de los redactores del Código fué muy ambiciosa en cuanto al alcance de este registro.

Las normas de reglamentación del mismo que van al Código obedecen a dos influencias: muy probablemente una influencia alemana—la del Código del 61—, y, con toda seguridad, recibe la *inspiración hipotecaria*, que está en el ambiente legislativo español en la época en que el Código se redacta (62). No es preciso detenerse en la exposición de mayores detalles sobre nuestro Registro mercantil, pues esa impronta genérica es la que nos va a ser de utilidad.

Se preceptúa un *régimen de publicidad* que consiste en la inscripción en el Registro (arts. 119 y 17), que se declara obligatoria, de la escritura de constitución. Igualmente deben inscribirse las modificaciones (art. 25). *Reglamentariamente* se establecerá qué personas están obligadas a solicitar la inscripción (art. 112, 1.ª del Reglamento). Obligación de los Notarios de advertir el deber de inscripción (art. 114), publicación de balances (art. 113), publicación especial por las sociedades anónimas de los balances en el periódico oficial, aparte de la centralización, en un Registro central de las mismas, de los datos que a ellas se refieren (art. 126, en relación con el 152 del Código). Este último Registro, en el cual la inscripción se produce por comunicación de los mismos Registradores, no puede estar sometido al mismo régimen de sanciones que tratan de asegurar los demás preceptos. Por tanto, en lo

(62) Esta influencia está demostrada por GARRIGUES y criticada en su magnífico estudio publicado en la «Rev. Crit. de Derecho inmobiliario» y luego recogido en las ediciones de sus obras. Puede verse en la propia «Exposición de motivos» del Código, y su importancia puede deducirse de la coincidencia de alguna persona, por ej., de don Pedro Gómez de la Serna en la Comisión de la primera Ley Hipotecaria y en la Comisión del 60 que, en definitiva, redactó el Código que luego se revisaría.

que sigue, se prescinde de su referencia, quedando a salvo esta advertencia.

El sistema ha *dejado de distinguir* a las sociedades anónimas de las demás; es una construcción unitaria; ha desaparecido la cautela respecto de las sociedades anónimas.

c) Las *sanciones*, para el supuesto de incumplimiento con el régimen anterior, tienen su historia próxima que ayudará a comprender cuáles son y cuál es su alcance. Veamos ordenadamente este problema:

1. Es sabido que el régimen del Código del 29, en materia de sociedades anónimas, se cambia por la Ley de 28 de enero del 48 y su reglamento del año siguiente, que volvieron a un sistema de intervención administrativa que se refería incluso a la oportunidad de la empresa. El régimen cambió de nuevo en 1869, estableciéndose determinadas prescripciones que trataban de asegurar la libertad y la publicidad. No estuvo claro que se refiriera la reglamentación sólo a las sociedades anónimas: la unificación en el texto legal de las Compañías tradicionales y las viejas Compañías de privilegio no había calado aún. Se hizo precisa la aclaración expresa y cuando se llegó al Código, inspirado en la Ley de Bases del 69, que establecía los principios de libertad, ausencia de intervención administrativa y publicidad, se trató la materia en el articulado con *uniformidad* para toda clase de sociedades.

2. Al desenvolverse aquellos principios se llegó a determinados resultados, de los cuales nos interesan aquí algunos. El principio de libertad dió lugar a la atipicidad y a la libertad de formas (art. 122 y 117). Este último, que nos interesa, ya ha sido estudiado y no ofrecía dificultad. El desarrollo del principio de *publicidad* es el que parece provocar confusión en nuestra doctrina y jurisprudencia.

El desarrollo de ese principio se hizo en «forma hipotecaria». Esto tiene notable trascendencia. Nuestros autores lo han aceptado así, respecto de la interpretación del art. 24, que está en la parte de Registro, pero no han dado el salto para hacerse cargo de que la *coacción* para obtener que las sociedades se inscriban también tiene la misma inspiración. Voy a copiar dos textos de la Exposición de Motivos que lo aclaran, a mi manera de ver, paladinamente: «Aunque el proyecto *no impone apremio ni coacción alguna a los asociados para que den publicidad por medio del Registro a la constitución de la Sociedad*, declara responsables a los encargados de la gestión social de los perjuicios que la omisión de este requisito pueda irrogar a terceras personas, las cuales, en ningún caso vendrán obligadas por los pactos y cláusulas del contrato social cuyo contenido ignoran. Mas, por esta misma razón, no podrán prevalerse de aquella falta de publicidad los socios, pues siendo conocedores de los términos y condiciones del acto constitutivo de la sociedad, producirán entre ellos todos sus efectos desde el momento de su celebración, doctrina que el pro-

yecto derogando la del Código vigente que dispone lo contrario.» Este texto corresponde a la parte de la Exposición de Motivos *de la parte de Sociedades*. En la correspondiente a la del Registro, se dice: «En cuanto al segundo punto, el Proyecto declara, ante todo, de acuerdo con los principios de libertad profesional, voluntaria la inscripción personal de los comerciantes, estimulándola sin embargo eficazmente por medios indirectos, continúa haciéndola obligatoria para las Sociedades y para los buques, toda vez que respecto de unas y otros constituyen el Registro Mercantil la única prueba de su existencia jurídica y de su verdadero estado civil y *sustituye la necesidad* que hoy existe de practicar la inscripción dentro de un plazo fijo y perentorio bajo cierta multa (recuérdese el art. 285 y el 26 del viejo Código: 10.000 reales de vellón y 15 días), *por la libertad de inscribir o no los documentos, sin otra sanción que la de quedar privado el acto o contrato de ciertos beneficios y ventajas* que se conceden a los actos inscritos a cuyo fin se consigna el principio general de que estos últimos producirán efecto legal, en perjuicio de tercero, sólo desde la fecha de la inscripción, sin que puedan invalidarlos otros actos anteriores o posteriores no registrados; lo cual debe entenderse salvo la preferencia que según el mismo Código tienen ciertos créditos aunque no se inscriban y la que gozan los inmuebles con arreglo a la Ley Hipotecaria los que se hubiesen inscrito en el Registro de la Propiedad. Y, como consecuencia del mismo principio, *deroga la legislación vigente sobre los efectos de la no inscripción de las escrituras de sociedad* y de los poderes conferidos a los factores, declarando, en armonía con la teoría general del Registro de la Propiedad territorial que estos contratos surtirán efectos entre los otorgantes, pero *no en perjuicio de tercero*, quien, sin embargo, podrá utilizarlos en lo que le sean favorables.» Me parece que queda suficientemente claro que los legisladores, en el Código vigente, no quisieron establecer más que dos *sanciones* para la irregularidad: 1.ª El no perjuicio para tercero de los pactos establecidos en la sociedad *desde luego existente*. Nada habla de la nulidad de la misma, ni entre socios, como en el Código del 29, al que expresamente se deroga, ni respecto a terceros. 2.ª La responsabilidad impuesta a los gestores por las consecuencias que se deriven del hecho de la no inscripción. Estas ideas de la Exposición pasan a los arts. 120 y 24 del Código de Comercio.

3. Pero la doctrina española ha añadido algo más. Puesto que el art. 116 en su primer párrafo dice: constituida con arreglo a las disposiciones de este Código», cuando en el párrafo segundo determina que «una vez constituida la Compañía Mercantil tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos», ese «constituida» quiere decir atenerse a las prescripciones de escritura e inscripción y, por tanto, si esto no se cumple, las Compañías *carecen de personalidad jurídica*.

Con criterio semejante, se aborda la interpretación del artícu-

lo 118; puesto que en éste se declara la validez de los contratos de las Compañías con terceros, cuando aparecieron cumplidos los requisitos que expresa el artículo siguiente, se dice «*a contrario sensu*», que si estos requisitos—los de la escritura y publicidad—no aparecen cumplidos, *esos contratos no serán válidos*.

Quedan así, pues, dos sanciones que crearon los redactores del Código y dos que no previeron y que la doctrina, indudablemente, no obligada por la Exposición, pero no afortunada en el desarrollo de los textos, añade. En conjunto, pues: 1.º Falta de personalidad. 2.º Invalidez de los contratos con terceros. 3.º No perjuicio de los documentos no inscritos, y 4.º Responsabilidad de los gestores.

d) *Análisis de las sanciones de la irregularidad y régimen de las sociedades irregulares*.—Se trata aquí de estudiar tanto el tema de si, efectivamente, es razonable la aceptación de las sanciones que la doctrina ha añadido a las que explicaba la Exposición de Motivos como del correspondiente al alcance de las que esta Exposición establece.

1.º La supuesta *falta de personalidad jurídica* se basa en diversos argumentos. Antes, al trazar la evolución del Derecho positivo, se ha visto que de la dicción literal del art. 116 se deduce mediante una interpretación «*a contrario sensu*» del mismo. Este argumento se refuerza con la invocación del art. 118, también interpretado en sentido contrario. A estos razonamientos hay que añadir otro de carácter *constructivo*: las normas de publicidad cumplen, se dice, la función de otorgar la personalidad jurídica. Es la adición de la voluntad estatal a la privada, impotente por sí misma para hacer un nuevo sujeto de derecho.

Ninguno de estos argumentos son satisfactorios.

La formación histórica de los textos que hemos venido examinando, en las páginas anteriores, constituyen un argumento de hermenéutica histórica, suficientemente fuerte para romper con una interpretación meramente literal que además recurre a un arbitrio, como el de la interpretación a «*contrario sensu*», tan peligroso, para deducir una consecuencia tan trascendente. Ya vimos que el legislador, al ocuparse de las sanciones en la Exposición de Motivos, nos dijo en qué consistían y las enumeró; no parece que haya necesidad de adicionarlas. En la Exposición, tomada de la parte destinada al Registro Mercantil, hay una frase que se invoca a favor de la falta de personalidad; es aquella en que se dice: «*continúa haciéndola obligatoria para las sociedades y para los buques, toda vez que, respecto de unas y otros, constituye el Registro la única prueba de su existencia jurídica y de su verdadero estado civil*». Se acota de la frase la parte que comienza en «*única prueba...*» y así se omite la enumeración que hace luego de las sanciones. Igualmente, se prescinde de que se está refiriendo tanto a las sociedades como a los buques, con lo que se desvirtúa su significado de exageración literaria de dicción.

La declaración de personalidad jurídica, que se contiene en el artículo 116, es un «postizo» respecto del articulado del Derecho de Sociedades. Esta declaración, tan importante, no condiciona en absoluto el resto de las disposiciones legales. Muchas de ellas no tendrían que haberse formulado, al dictarse esa declaración dogmática, pero subsisten porque el articulado no ha cambiado sino en cuestiones de detalle y en puntos concretos respecto del Código del 29 que no contó con la personalidad jurídica de las sociedades. La doctrina de la personalidad, que a nuestro Derecho se importa, procede del francés a través de la bibliografía y de la jurisprudencia de este país y no de sus textos. Para esta doctrina, la «personalidad» va implícita en cualquier unidad referencial de pluralidad de sujetos. No tienen en cuenta su verdadera naturaleza.

De esta manera, al negar la personalidad jurídica, se producen unos efectos derechamente contrarios a los que el legislador ha deseado: si, en efecto, negamos esa personalidad, resultará que no podremos construir la existencia de un patrimonio separado del de los otros, que es justamente una de las garantías de los acreedores, a los cuales, los defectos de constitución, ha querido la ley que no perjudiquen. Igualmente, esta personalidad es la que, dada la amplitud de nuestro derecho, fundamenta que se encuentren ligados los socios por los actos que en nombre de la sociedad han realizado sus gestores. Este resultado tampoco se produciría, y naturalmente, de nuevo nos encontraríamos con un perjuicio para terceros que es justamente lo que la ley no quiere. Así, se podría seguir la descripción de las «relaciones externas» de las sociedades, para encontrar resultados todos ellos igualmente en contradicción con lo que el legislador ha deseado en el art. 24. En definitiva, no se trata ni más ni menos que de consecuencias *semejantes a las derivadas de la nulidad francesa*, que ya fué censurada en su lugar oportuno, siendo, pues, innecesario insistir.

El argumento dogmático que hace deducir la personalidad de la publicidad es inaceptable por diversas razones.

Desde el punto de vista de su origen, es una importación inoportuna de aportaciones de la doctrina italiana ya superadas. En efecto, de los escrúpulos doctrinales del momento inicial, la jurisprudencia ha ido pasando, sucesivamente, al reconocimiento de la personalidad jurídica. En la doctrina, la gran autoridad de VIVANTE decidió la cuestión. En definitiva se ha centrado el tema en lo referente a la autonomía patrimonial de las sociedades irregulares, prescindiendo de la dogmática, lo que se ha estimado imprescindible para hacer posible las relaciones correctas de la sociedad con los terceros (63).

(63) Esta materia y la evolución están perfectamente recogidas en el trabajo de RAFAELLI, cit. págs. 477 y ss., siendo innecesario reproducir esta parte; importa más la inoportunidad de la introducción en nuestro país de estas ideas, para cuya demostración basta citar la fuente en que puede confrontarse la su-

Para nuestro derecho existiría una contradicción manifiesta entre el sistema del Código Civil y el del Código de Comercio. En aquél, la mera publicidad de hecho es bastante para decidir sobre la personalidad jurídica (art. 1.669); en éste, por el contrario, haría falta la publicidad legal. Por supuesto que el Derecho Mercantil pueda necesitar de una disposición de esta naturaleza y puede, en consecuencia, establecer un sistema en la materia distinto del Civil, pero haría falta descubrir las razones en que se hubiera basado. A primera vista, por lo menos, no se percibe qué razones inspirarían esta diferencia en una cuestión que es puramente de dogmática, es decir, de la clase en que el Derecho Mercantil difícilmente innova. Además, si descartamos la personalidad jurídica de las sociedades irregulares, tendríamos que buscar algún concepto de derecho positivo para calificarlas: podría pensarse que fueran sociedades «meramente internas», pero esto es absurdo: sería negar la irregularidad misma, cuyo concepto es una sociedad que de hecho ha aparecido como tal y que de derecho no se ha publicado.

Esta dirección doctrinal de nuestro país *se explica y no se justifica* mediante la enunciación de una determinada corriente de ideas. Digo enunciación porque no puedo entrar aquí—como sería preciso—en todo el tema de la personalidad jurídica de las Sociedades en nuestro derecho. Pero sí puedo sugerir el camino. Para la personalidad—dogmáticamente—hace falta un acto de incorporación. La tradición jurídica lo condujo concretamente a las sociedades anónimas, únicas sociedades que en efecto se incorporaban (luego se añadirían las de responsabilidad limitada y cooperativas). Al *generalizarse*—en los países latinos—con la recepción de las anónimas en los Códigos la doctrina de las sociedades se extendió la generalización a esta materia. Resultó así una idea de la personalidad muy amplia y sin rigor que hace en países como el nuestro que haya necesidad—con incorrección pero para eludir otras mayores—de recurrir a la personalidad siempre que se dé autonomía patrimonial.

El apoyo de *orden sistemático* de conexión con el art. 118 es igualmente incorrecto—como puede verse continuando la materia bajo el tema de

2.° *La supuesta invalidez de los contratos con terceros de las Sociedades irregulares.*—Parece muy correcto, después de negar la personalidad jurídica de las sociedades irregulares, deducir una de sus consecuencias: inexistencia de los contratos concertados por estas sociedades; si la sociedad no existe no pudo contratar y quedan obligados sus gestores.

Sin embargo, hay poderosas razones para ligar ese artículo 118 y el 120 al 24, en vez de hacerlo al 116. Haciéndolo así quedan claras

peración en el país de origen de las ideas introducidas, que entrar en la copia de unos argumentos que son independientes de todo ordenamiento, pues se basan en razones puramente de técnica y de conveniencia.

algunas cosas: si se niega la vinculación de la sociedad, se olvida que aquel art. 24 quiere que no se produzcan perjuicios para terceros y, naturalmente, perjuicio es que se entiendan liberados los socios cuya responsabilidad aumenta la garantía de aquéllos. Pero este tema queda remitido al instante en que se estudie el alcance del art. 24; negar la vinculación de la sociedad es equivalente a negar su existencia; es decir, es lo mismo que establecer su nulidad a los efectos de relaciones con terceros. Consecuentemente, toda la crítica, que de la construcción de la nulidad francesa se ha hecho anteriormente, puede ser reproducida aquí. Así también aparece con claridad cuál es la inspiración doctrinal, de dónde se ha partido; se ha importado, cómo se ha podido la elaboración francesa sin darse cuenta de que no existiendo en los textos legales ni por su tradición, a través del Código del 29, contrario del francés en el tratamiento del tema, ni por su formulación actual, base de derecho positivo, era completamente desaconsejable traer a nuestro derecho unas ideas confusas e incorrectas.

Negada la vinculación de la sociedad se intercala la de los gestores. No se cae en la cuenta de que en el pensamiento del legislador estaba la atribución de una responsabilidad y no la sustitución de la sociedad en su condición de «parte», aunque pueda ser conveniente no la sustitución, sino la adición. Este tema también queda remitido, pues quedará claro al tratar de esta responsabilidad que el art. 120 estatuye.

Antes de pasar al examen de las sanciones que realmente ha querido establecer el legislador, conviene reconstruir la razón de ser de los arts. 116 y 118, como último argumento en contra de la interpretación «a contrario sensu» que deja de manifiesto la violencia de la misma: cuando el art. 116 formuló el principio de la personalidad jurídica de las sociedades pensó, como es natural, en las sociedades correctamente constituidas y para ellas lo declaró. Respecto de las sociedades irregulares nos dice luego, correspondiéndose con la Exposición de motivos, cómo las tratará, pero no quiso decir nada de la personalidad jurídica de las irregulares. Este tema fué omitido. Las trató con aquellas únicas «coacciones» que la Exposición de motivos creyó suficientes, con la esperanza de su eficacia, que tan claramente se manifiesta en el texto completo.

El artículo 118 es un desgraciado texto que se explica como desenvolvimiento pleonástico de la declaración de personalidad que se llevaba al Derecho positivo y como reminiscencia o rastro del párrafo segundo del artículo 285 del viejo Código, que negaba toda acción a la sociedad contra terceros si no demostraba su constitución legal. Resulta, así, que, como en el caso anterior, se formula un principio respecto de las legalmente constituidas y se omite toda referencia a las que no se han constituido correctamente. También aquí remito la cuestión a las sanciones que establece.

No tuvo en cuenta el Código que los autores orientaran sus

trabajos en la dirección de un análisis «a contrario sensu» de sus artículos. Igualmente justificado, por lo menos, está entender que donde la ley nada dice nada debemos decir. Esta razón de hermenéutica estaría apoyada por todas las razones de conveniencia y técnica dadas, que son suficientes para poder concluir, pensando que si el Derecho positivo no inclina a una dirección o a otra no hay razón alguna para tomar aquella que en todas partes se entiende equivocada. Pero el hecho es que la interpretación «a contrario sensu» no llena una laguna, sino que *suplanta* el régimen realmente querido por el Código.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido una dirección rectilínea, en este punto, que no se ha puesto de manifiesto debidamente, porque nuestra doctrina ha sistematizado las Sentencias intentando ver en ellas la confirmación de ese grupo de ideas, con lo cual ha dejado en la sombra lo que tienen de confirmatoria de la evolución que se da en el Derecho comparado y de la interpretación de nuestros textos expuesta.

3.º *La interpretación del artículo 24 del C. de C.*—Este artículo es el eje alrededor del cual gira el régimen de las sociedades irregulares en nuestro Derecho. Se hace preciso un estudio detenido del mismo. Conviene tener delante su texto: «Las escrituras de sociedad no registradas surtirán efecto entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable.» También interesa tener presente el 25: «Se inscribirán también en el Registro todos los acuerdos o actos que produzcan aumento o disminución del capital de las compañías mercantiles, cualquiera que sea su denominación y los que modifiquen o alteren las condiciones de los documentos inscritos.» «La omisión de este requisito producirá los efectos expresados en el artículo anterior.»

a) *La interpretación más extendida* en la actualidad, y equivocada, parte de la conexión de este artículo con los artículos 116, párrafo 2.º, y 118. A la vista de estos dos últimos se producen unas calificaciones constructivas que llevan el artículo 24 hacia derroteros que no fueron queridos por el legislador, sin ver, previamente, a dónde llevaba lo que el legislador quería siguiendo la línea o rumbo por él marcados. Esta interpretación dice así: «En el artículo 24 se ventila una cuestión de *existencia* o de *inexistencia* de la sociedad, ya que en el Registro mercantil lo que fundamentalmente constituye materia de inscripción son *hechos*. Efecto de la publicidad negativa es que si este hecho—la constitución de una sociedad—no se inscribió, es inexistente para las terceras personas.»

Inclina a esta interpretación la doctrina que ya se había elaborado: falta de personalidad jurídica e invalidez de las relaciones jurídicas de la sociedad con terceras personas. Estimada como exacta, se la hace casar con el artículo 24, refiriéndole a la materia de existencia o inexistencia antes indicada y se adiciona una con-

secuencia «constructiva»: la inscripción es, dentro de las clases de inscripción, de carácter «constitutivo» respecto de la vertiente externa de las mismas.

Por último, llevando a sus últimas consecuencias la anterior interpretación se refieren las palabras del artículo que habla de *perjuicio* a la materia de existencia de la sociedad y, naturalmente, por tratarse de una primera inscripción, la que se omite, se deduce que los efectos negativos de la publicidad alcanzan no meramente a los «hechos secundarios»—es decir, los que deben rectificarse una situación registral que crea una confianza de terceros—, sino incluso a los hechos que se producen sin relación alguna con los registrados.

β) La *interpretación correcta* tiene que partir de la propia dicción del artículo, tratando de dejar bien sentada la idea que de su alcance tuvieron sus redactores. La Exposición de motivos que antes se transcribió no deja lugar a dudas acerca del particular: en la parte de sociedades se habla de que las terceras personas «en ningún caso vendrán obligadas por los pactos y cláusulas del pacto social cuyo contenido ignoran..., no podrán valerse de aquella falta de publicidad los socios, pues siendo conocedores de los términos y condiciones del acto constitutivo...» y, en la de Registro, se dice «sin otra sanción que la de quedar privado el acto o contrato de ciertos beneficios y ventajas que se conceden a los inscritos». Consecuentemente, el artículo 24 habla de que las «escrituras no *perjudicarán*» y el 25 de que *tampoco perjudicarán* a terceros los acuerdos o actos «que modifiquen o alteren las condiciones de los documentos inscritos». Queda claro que el Código no plantea una cuestión de existencia o inexistencia. Pero queda por saber cómo se explica y qué se deduce de la dicción del texto legal.

Una vez que se ha visto que el Código no plantea una cuestión de existencia de la sociedad, queda al desnudo lo que efectivamente quiso y no pudo conseguir: que el contenido del contrato de sociedad *fuera vinculante para terceros si se había inscrito y que no lo fuera en caso contrario*. Naturalmente, para la comprensión de que así es en efecto hay que partir de una idea de buen sentido: que los legisladores se pueden equivocar. Ni más ni menos que una equivocación es lo que hay aquí. Pero no se trata de una equivocación irremediable. Se pueden discriminar los aspectos correctos de la declaración legislativa. Este es el propósito de las líneas que siguen.

La explicación—no justificativa—de la equivocación está en la visión «hipotecaria» errónea que del Registro mercantil tuvo el Código. Este tema ha sido perfectamente estudiado por Garrigues. Lo que constituye normalmente materia de inscripción, la organización sobre la base de folio personal, la indiferencia para el Registro en general del principio de tracto sucesivo, la diferencia de la amplitud y oportunidad en la función calificadora,

etcétera, han sido estudiados por dicho ilustre autor con cuidado para marcar las diferencias.

Aquí estamos en presencia de otro tema más que hay que diferenciar, no sólo frente al sistema inmobiliario, sino ante la doctrina general de los negocios jurídicos. Para realizar esta tarea no hay más que llevarlo al lugar que en la sistemática general de los negocios jurídicos le corresponde: el de los «efectos de los negocios jurídicos para terceros», materia de la cual no llegó a tomar posesión el Código, aunque la vislumbró de manera errónea. En efecto, el principio general en este punto dice que el negocio es «res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest»; es decir, de suyo, el negocio jurídico, cualquiera que sea su clase, no extiende sus efectos más allá de las «partes» (64). Este principio de la «relatividad de los negocios jurídicos», se aplica también al negocio constitutivo de sociedad que no entra en ninguno de los casos de excepción en que la regla pudiera no valer y que son muy raros. Consecuentemente, el contrato de sociedad no podía vincular a nadie que no fueran los socios. La vinculación obligacional de base negocial no deriva más que de la voluntad que consiente, y, por tanto, a ella sólo afecta.

Pero una cosa es que la «vinculación»—es decir, los lazos jurídico-obligacionales—no afecte más que a las partes intervinientes y a ellas liguen, y otra distinta que de manera refleja no se produzcan efectos que repercutan en la «esfera de intereses» de terceras personas o en su posición jurídica, debidos a una particular relación jurídica que ligue a esas terceras personas y las «partes» intervinientes en el negocio. Naturalmente, cuando los redactores del Código de Comercio escribieron los artículos 24 y 25 no pensaron en crear negocios jurídicos a favor o a cargo de terceros, porque esa adición a la idea de sociedad sería monstruosa, ni, tampoco, declarar «vinculados» a los terceros en calidad de partes al contrato de sociedad, a pesar de que hable de que el contrato sea obligatorio para terceros, porque sería desconocer en absoluto lo que un negocio jurídico significa. En realidad, a lo que el Código se quiso referir era a aquellas repercusiones en la posición jurídica de terceros o en sus esferas de intereses, y lo único que le sucedió es que no usó de las expresiones técnicas adecuadas, porque en el momento de redacción no estaban elaboradas suficientemente o no se manejaban corrientemente por los redactores.

Centrada así la cuestión, inmediatamente se descubre qué es lo que del «contrato de sociedad» produce aquellos efectos reflejos: De ese contrato nace una comunidad de mano común o una persona jurídica; en ambos casos se producen cambios, de natu-

(64) Sobre esta materia no hay ninguna dificultad. Véase, por ej., CARIOTTA-FERRARA, ob. cit. pág. 669, BERRI, ob. cit. pág. 192 y MESSINEO, *Manuale*, tomo I, pág. 359, para contrastar que las líneas que siguen en el texto no penetran en ningún campo polémico y, por tanto, son aceptables sin dificultad.

raleza real, como consecuencia de la «separación de un patrimonio». Este acotamiento de un patrimonio implica, según la clase de sociedad, unas determinadas *relaciones del mismo con los de los socios*, unos determinados mecanismos de *representación* para obligar a aquel patrimonio o, subsidiariamente, a los de los miembros de la sociedad. El que establece una relación jurídica con una sociedad sabe que se producen en ella, por el hecho mismo de su existencia, fenómenos jurídicos que afectan a su posición jurídica de acreedor: en las personas que son responsables del negocio, en la naturaleza de esta responsabilidad, que puede cambiar respecto de la responsabilidad universal e ilimitada que constituye la regla en el tráfico, y en la situación de un patrimonio sobre el cual podría hacerse pago en determinadas condiciones. Los acreedores de los socios se encuentran igualmente afectados por el hecho de la constitución de una sociedad, en la misma manera en que en el tráfico les afectan todos los actos de disposición de su deudor, que, sin embargo, han de respetar si no se realizan en fraude de ellos. Esta descripción que se acaba de hacer, evidencia que lo que importa es, en definitiva, la parte del negocio constitucional o de los que le modifiquen, que afectan fundamentalmente a las *relaciones externas* de las sociedades: relaciones de *responsabilidad* y relaciones de *representación*. Estas fueron las que al Código preocuparon y a las que se refirió bajo una redacción de los textos de todo punto insatisfactoria, por no haber entendido, en su momento, la naturaleza del problema que abordaba.

Tampoco es exacto que los efectos negativos de la publicidad se extiendan hasta favorecer al tercero que conoce el hecho no inscrito. Se ha hecho una interpretación violenta. El Código ha creído en su formulización que por no haberse producido la inscripción de las escrituras se daba una *ignorancia de hecho*. Esto es lo que dice la Exposición de motivos. No dice nada para el supuesto de conocimiento real de los términos del clausulado de las sociedades ni de los términos en que esté concebido un poder (art. 29). Lleva razón Garrigues al notar la repulsión que le producía al aceptar esta interpretación, que va más allá de lo que el Código alemán dice. Hay que rectificar, pues, esa conclusión en el sentido de la doctrina general de las relaciones entre la publicidad registral y de hecho de manera que no se produzca la prima a la inmaterialidad que supone valerse de los efectos negativos de la publicidad, a pesar de que efectivamente se ha conocido el hecho de que se trata.

De esta manera se puede sentar un *principio general* partiendo de la real existencia de las sociedades irregulares y de los límites establecidos a los efectos negativos de la publicidad: *válida será la sociedad irregular en términos tales que no supongan una alteración del régimen general de representación, independencia patrimonial y responsabilidad, a no ser que se haya dado a conocer al tercero contratante y así se pruebe.*

γ) Y el desenvolvimiento de este principio nos dará el *régimen de las Sociedades irregulares en nuestro Derecho*.

Declarada válida una sociedad, como acabamos de ver, hará falta saber dentro de qué «clase» de las reguladas en el Derecho positivo puede caer. Para ello hay que tener en cuenta las definiciones legales y la voluntad de los contratantes. El problema de régimen viene a ser, ni más ni menos, que el de las figuras sociales que pueden adoptar las sociedades irregulares.

α') En el supuesto de que nada se diga por los contratantes, porque se acuerde simplemente constituir una sociedad, sin mayor adición, o porque su existencia se derive de «facta concludentia», hará falta realizar la subsunción sobre la base de los preceptos de Derecho positivo. La subsunción tiene que hacerse partiendo de los elementos conceptuales definidores. Estos son, en definitiva, la responsabilidad y la dedicación al comercio. Ya vimos que esta última nota no estaba dada en las definiciones. Ahora es el momento de ligar con las ideas allí expuestas: hay que añadirles las que aquí se han venido exponiendo a propósito del artículo 24. Resulta así: 1.º Toda limitación de responsabilidad es inaceptable porque implica «perjuicio», si no se ha inscrito o si no se ha dado a conocer. Este supuesto de dar a conocer expresamente la limitación se reserva para más adelante. Partimos aquí de que nada se dice. 2.º Se ha dado a conocer como sociedad; en caso contrario no habría problema: ya se ha dicho que las *sociedades internas* son cosa distinta de las sociedades irregulares. 3.º Se dedica al comercio: por eso es mercantil y por eso, también, se puede decir de ella que está obligada a cumplir las normas de publicidad del Código de Comercio.

Si recordamos que las figuras jurídicas son lo que son y no hay que esperar la calificación que le den los intervinientes, habríamos de decidir que esto era una «sociedad colectiva», nada más que con llevar a la definición el elemento dedicación al comercio que falta (ver más atrás) y dando por correcto que las normas de responsabilidad, situación de patrimonio y mecanismo de representación en estas sociedades no suponen perjuicio que choque con el artículo 24.

Estos dos elementos son justamente los que motivan el problema de la calificación en esta primera hipótesis genérica de las sociedades irregulares. Si entendemos que la *modalidad general* de responsabilidad de representación y de separación patrimonial es la sociedad civil, resultaría violento aceptar la calificación de colectivas para estas sociedades. Esta es la razón de que el «Codice civile» italiano opere una conversión, si bien injustificada, porque protege a los acreedores particulares de los socios que no merecen tal protección. En nuestro Derecho sería necesario si la escritura y la inscripción se llevan a la definición, como en otro lugar se dijo. Pero las razones a favor de la calificación de colectivas son más fuertes: las colectivas existen estableciendo un sis-

tema de responsabilidad solidaria porque se entiende que ese es el adecuado al tráfico mercantil; las sociedades generales no fueron más que desviaciones por esas necesidades de las civiles. También por las mismas razones de seguridad, condicionada por el objeto de la empresa, se dan los apoderamientos o mecanismos de representación mercantiles, más rigurosos en su amplitud que los civiles y, en definitiva, de las mismas razones depende su situación patrimonial. Es, pues, fundado que las sociedades irregulares sean, por *regla general* y cuando no se diga otra cosa, sociedades colectivas, conexionando, como es lógico, la dedicación al comercio que es necesaria para su concepto mismo con las ideas que necesariamente se derivan del tráfico a que están dedicadas (65).

b') Frecuentemente, en el tráfico se nos aparecen sociedades dedicadas al tráfico mercantil, a las que los que la han constituido llaman «civiles». De las anteriores razones se deduce, sin necesidad de mayor explicación, que estamos, simplemente, en uno de tantos casos de divergencia entre la calificación que las partes dan a una figura y lo que la figura es realmente. Aceptarlas bajo ese régimen supone que puedan dedicarse al tráfico mercantil sociedades que no adopten las normas que para tal tráfico se requieren. La jurisprudencia se ha inclinado a veces a respetar tal calificación. Se trata, ni más ni menos, que de respetar las ideas que antes se dieron en favor de tal solución que hemos tratado de demostrar que son injustificadas. Tales sociedades no son más que sociedades mercantiles colectivas irregulares.

c') Las sociedades civiles por su objeto, como no tienen el elemento de dedicación al comercio, no podrán ser calificadas más que de civiles, a pesar de que las partes digan otra cosa, a no ser que se constituyan regularmente. Esta conclusión no perjudica a que las limitaciones de responsabilidad que se derivan de la calificación que las partes le hayan dado, operen, pero en los términos de publicidad de hecho en que la limitación de responsabilidad es posible en las sociedades civiles.

d') En las sociedades que se presenten en el tráfico como comanditarias se plantea el problema de decidir si, efectivamente, la posición del comanditario se ha de respetar, a pesar de que supone un perjuicio para terceros. Si ha aparecido bajo la firma con la expresión calificativa de comanditaria y los comanditarios no han participado en la gestión social, en forma tal que funden la confianza de que son colectivas, rompiendo con el efecto de publicidad de hecho, derivado de la utilización de la firma, no hay

(65) Una y otra posición—sociedad civil o colectiva—sin decidir y remitiendo la cuestión a la jurisprudencia, defendí en mi trabajo sobre la distinción entre Sociedades civiles y mercantiles por vía de nota. Ahora, sin necesidad de rectificar, indico cuál es la solución correcta, completando las razones que entonces di.

razón alguna para extender a ellos la responsabilidad. Los terceros supieron las condiciones de la sociedad y pudieron cerciorarse de la clase de socio que era cada miembro de la sociedad. Naturalmente, las mismas normas habrá de aplicarse respecto de los cambios de condición de los socios.

e') En las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada es absurdo pensar en que puedan existir en tal condición si no se someten a las normas mínimas de publicidad que en nuestro ordenamiento se prescriben. En realidad, no se trata sólo de poner en juego las nociones definidoras que las hacen constituir necesariamente un «perjuicio», porque quizás éstas se puedan soslayar, a la vista de las consecuencias de la publicidad de hecho que pudiera derivarse del uso de la firma. Aquí han de jugar otras circunstancias adicionales: la única garantía de los acreedores es el patrimonio social; respecto de él se hace preciso estar seguros de que se constituyó en cantidad equivalente al capital que se registra y luego ha de estarse igualmente cierto de que se atiendan las normas de conservación del mismo. El primer resultado, por lo menos, podría conseguirse con la calificación del Registrador si ésta es bien atendida en nuestro Derecho. Naturalmente, las posibilidades, en nuestro Derecho, de conseguir ese resultado son muy limitadas, a falta de un sistema de examen más amplio del período constitutivo, pero, en todo caso, no conviene dejar pasar desapercibida esta «peligrosidad», que aconseja que no pueda considerarse posible el respeto a la calificación que de anónima o de responsabilidad limitada se haya podido dar por los fundadores (66). Véase de todos modos, por su valor de ejemplaridad, las disposiciones que sobre esta materia se contienen en el Proyecto de Ley sobre Sociedades Anónimas.

Naturalmente, no hay ninguna razón para que en nuestro Derecho, respecto de estas sociedades, no se opere con el recurso de la *conversión*. La conversión no necesita estar regulada en el Derecho positivo como una institución. Es un recurso técnico que se deduce de la voluntad misma de las partes en cuanto al contenido mínimo de lo por ellas querido. Pero en las sociedades anónimas se ha querido una limitación de responsabilidad que veda el recurso a las sociedades colectivas. Tampoco es posible la conversión de asociaciones, de acuerdo con la contextura asociativa de estas sociedades, porque, en nuestro Derecho, más que asociaciones no reconocidas, lo que hay, para el supuesto de inobservancia de las normas sobre la constitución de las mismas, es asociación ilícita, por absurdo que ello pueda parecer. Parece que lo correcto

(66) Por supuesto que esta materia tan sólo apuntada pudiera tener mayores desenvolvimientos, pero no me parece necesario hacerlos, porque nadie dudará de la cuestión. También prescindo del argumento dogmático referente al nacimiento de la «personalidad jurídica», porque éste quizá pudiera parecer menos convincente, por ser más abstracto.

es la aplicación subsidiaria de las normas de la sociedad civil, naturalmente enjuiciando a su luz el contenido de las normas estatutarias (67).

4. *La responsabilidad de los gestores del artículo 120.*—La Exposición de motivos habla de perjuicios que se irroguen a terceros de la situación de irregularidad. Parece que en nuestro Derecho, por tanto, la responsabilidad de que se trata no tiene nada que ver con la sustitución de la sociedad en su vinculación ni con la adición de una vinculación personal de los gestores a la que por la representación se produce, a cargo de la sociedad, en las relaciones jurídicas establecidas por esos gestores.

Realmente, esta utilización de la Exposición de motivos para obtener una interpretación correcta, no debe impedir que quede aclarado que no siendo vinculante aquélla y permitiendo la redacción del artículo una interpretación semejante a la que se hace en Derecho comparado no se produzca así en nuestro Derecho. No hay inconveniente, ni técnico ni dogmático, en ello. En cambio, las razones de conveniencia están a favor de esa interpretación. Naturalmente, las anteriores aclaraciones son las únicas que al intérprete competen; lo demás habría de hacerlo la Jurisprudencia, que podría llevar el texto a una vinculación adicional a la de la sociedad basándose en que su falta es ya un perjuicio por razones evidentes de seguridad.

APENDICES (1)

I.—*Carta de envío de los diputados de comercio a la Jurisdicción Consular de París.*—(«Archivos del Sena», I B6, 34, 5527.) París, 19 de febrero de 1748.

Señores: Ha surgido un pleito alrededor de diversos particulares respecto de una sociedad de comercio sobre la que ha recaído una decisión del Parlamento de Bretaña, de la que una de las partes ha elevado casación al Consejo, por lo que nosotros hemos sido consultados sobre el carácter de la sociedad en cuestión y también hemos sido encargados de examinar la necesidad de ins-

(67) Acerca de la función general de las sociedades civiles, no puedo ocuparme sin tratar de la relación entre sí de las distintas clases de sociedades.

(1) Al hablar de los orígenes del problema en este trabajo se mencionaron los documentos publicados por LEVY-BRUHL en la *Revue historique*, y se anunciaba la transcripción por vía de apéndice de esos documentos. Allí se dijo que se motivaron por el «affaire Lorry» y originaron una carta de envío de un proyecto de declaración real que con ésta se remitió a las jurisdicciones consulares (para oír su opinión, como era costumbre), de entre las cuales LEVY-BRUHL recoge, y nosotros transcribimos, como tercer apéndice la de los jueces de París.

cripción de las sociedades; nos hemos pronunciado sobre la primera cuestión, pero como podría resultar de nuestra opinión sobre la segunda una nueva ley relativa a la inscripción de las escrituras de sociedad, nos hemos creído en el deber de consultar antes a vuestras señorías y a las otras Cámaras de Comercio sobre esta materia.

Sabéis, señores, que la Ordenanza de 1673, título IV, De Sociedades, tiene por objeto fijar la forma en que debe ser redactada la sociedad general o en comandita; y nos parece que las disposiciones de este título no cumplen su objeto: no vemos nada que caracterice con precisión la sociedad general o en comandita; y nos parece que la Ordenanza ha dejado a los jueces caracterizar las sociedades conforme a las estipulaciones de los socios. Con este punto de vista hemos examinado la sociedad que nos han encargado de caracterizar, y pensamos que podría ser necesario adicionar la Ordenanza a este respecto y restablecer hasta cierto punto el uso de las inscripciones de manera que las principales estipulaciones de las escrituras de sociedad sean conocidas en aquello que interesen al público; mas para facilitar esta inscripción convendría dispensar a estos actos de los gastos excesivos de control, y hemos redactado un proyecto de declaración sobre esta materia para ser emitida, que enviamos adjunto; tened a bien, señores, examinarlo con atención y decirnos vuestro parecer. Tened en cuenta, por favor, que en el caso de que vuestra opinión difiera de la nuestra convendrá que nos digáis los motivos para que nosotros podamos calibrarles y obrar en consecuencia; por esto hemos hecho transcribir el proyecto a continuación a media página para que podáis hacer las anotaciones al margen y devolvérselo todo lo antes posible.

Tenemos el honor de ser perfectísimamente, Señores, vuestros muy humildes y obedientes servidores.

«Los diputados de Comercio» (firmado): Pasquier, Mouchard, Palerne, Carton, Gilly, Dulivier, Pascaud, Marion, Saint-Amand.

II.—*Proyecto de declaración del Rey con respecto a las sociedades de Comercio, sean generales o en comandita, y también con respecto a las inscripciones de dichas sociedades.*—(Archivo del Sena, B6, 34, 5531.)

Luis, por la gracia de Dios rey de Francia y de Navarra, a todos los presentes y por venir, salud. El Edicto que sirve de reglamento para el comercio de los mercaderes y negociantes, tanto al por mayor como al por menor, dado en el mes de marzo de 1673 por nuestro augusto bisabuelo, teniendo principalmente por fin el hacer el comercio de los súbditos más floreciente, nosotros hemos reconocido que la ejecución de este Edicto era insuficiente, si no explicamos más positivamente las disposiciones del

título V de este Edicto relativas a las sociedades entre comerciantes y negociantes, así como la forma en que debe ser redactada la sociedad general o en comandita y la inscripción en consecuencia.

Por estas causas y otras que nos mueven, con ciencia cierta, plena soberanía y autoridad real, por las presentes, firmadas de nuestra mano, dicho, declarado y ordenado, decimos, declaramos, queremos y estimamos:

Artículo 1.º Que toda sociedad sea reputada general y considerada como tal para todos aquellos cuyos nombres estén expresados en la denominación de la razón social e igualmente para todos aquellos a quienes la firma de dicha razón social esté encomendada, aunque ellos no estén designados.

Art. 2.º Que todos los demás interesados en cualquier casa o establecimiento de comercio, presentes o ausentes, que no estén expresados en la razón social o que no tuvieran la facultad de firmar con dicha razón, solamente sean reputados socios en comandita a menos que con su consentimiento se deduzca otra cosa en el extracto de la escritura de sociedad, que será depositada en la escribanía en la forma en que será ordenado en el artículo siguiente.

Art. 3.º Deseamos que el extracto de todas las sociedades sea depositado en la escribanía de la jurisdicción consular del lugar en que ella se ha formado, si la hay, o en la escribanía de la Casa Consistorial, y si no la hay, en la escribanía de nuestros jueces de lugar a las de los señores, y que el extracto sea insertado en un tablón que será expuesto en el lugar más visible donde se tenga la dicha jurisdicción.

Art. 4.º El extracto mencionado por el artículo 3.º precedente contendrá los nombres, apellidos, circunstancias personales y domicilio de los socios generales, tanto de aquellos cuyos nombres sean incluidos en la denominación social como de aquellos a quienes la firma esté confiada sin que fuesen nombrados; igualmente los nombres de aquellos que sin que su nombre sea empleado en la razón social y que sin que tengan la firma consintiesen en ser reconocidos como socios generales. Será dicho extracto firmado por todos los mencionados socios y contendrá también la fecha en que la sociedad habrá de empezar y terminar, así como lo que se haya estipulado en la escritura de la sociedad con respecto a las firmas.

Art. 5.º Los extractos de las escrituras de sociedad a efectos de comercio serán revisados antes de poder ser presentados en la escribanía y ser inscritos, y sólo se pagará por la revisión la suma de 10 lb. por cada extracto, cualquiera que sea el número de los socios que pueda tener y cualquiera que sea la naturaleza de la sociedad.

Art. 6.º No podrá ningún negociante o mercader, bien como demandante o bien como demandado, proceder ante los jueces

consulares si no justifica la previa inscripción de su escritura de sociedad.

Art. 7.º Además, ordenamos la ejecución del Edicto que sirve de reglamento para el comercio de mercaderes y negociantes, tanto al por mayor como al por menor en todo lo que no haya sido derogado por la presente declaración,

Así damos en mandamiento, etc.

III.—*Respuesta de los jueces-cónsules de París a los diputados de Comercio.*

Señores: Tenemos el honor de enviar nuestras observaciones sobre el proyecto de declaración con respecto a las sociedades que nos habéis comunicado. Ellas contienen las razones y los motivos sobre los cuales nos apoyamos, como vosotros nos pedís. Y después de haber examinado y pesado mucho las ventajas e inconvenientes, estimamos que para el bien del comercio no conviene innovar, sino dejar las cosas como están. La jurisprudencia constante de las jurisdicciones consulares del Reino a este respecto nos parece buena y sus sentencias han sido siempre confirmadas por numerosos acuerdos del Parlamento y del Consejo, y no vemos que haya lugar a una declaración.

Tenemos el honor de ser, señores, vuestros más humildes y obedientes servidores.

Los jueces-cónsules de París.—20 de mayo de 1748.

Observaciones: 1.º y 2.º artículos.—Estos dos artículos están comprendidos en la Ordenanza de 1673, y la explicación que se da aquí no ha podido sufrir jamás dificultad. Se conoce a través de ella sobradamente las sociedades generales, y respecto de las comanditas la Ordenanza hace una distinción tácita que ha sido siempre ventajosa.

En el artículo 1.º se dice: toda sociedad general o en comandita será redactada por escrito... Art. 2.º, «el extracto de las sociedades entre mercaderes y negociantes, tanto al por mayor como al por menor será inscrita en la escribanía de la jurisdicción consular», lo que indica, muy claramente, que las sociedades en comandita no están ni han estado sujetas al Registro; en otro caso la Ordenanza lo hubiera dicho como en el primer artículo: toda sociedad general o en comandita será inscrita, etc.

3.º y 4.º artículos.—Parece que sería necesario poner aquí: El extracto de todas las sociedades entre mercaderes, para distinguirlas de las sociedades en comandita conforme a la Ordenanza de 1673; de la forma que se ha señalado y observado anteriormente; por lo demás no se ve en absoluto la necesidad y la

utilidad de esta inscripción. No resulta ningún inconveniente de la inobservancia de la Ordenanza de 1673 a este respecto, a menos que se trate de casos muy extraordinarios. Mas para prevenir un inconveniente se originaría un número infinito de ellos que destruiría el comercio. El público conocerá, sin necesidad de inscripción, todas las personas cuyos nombres estén expresados en la razón social y también aquellos a quienes la firma haya sido confiada sin estar nombrados, y se les conocerá para ser solidariamente responsables unos por otros frente a él, de donde se deduce que para esta clase de socios, al menos, la inscripción propuesta es inútil.

Esta no se utilizaría sino para los socios en comandita y para aquellos, entre los interesados, que sin que sus nombres fuesen empleados bajo la razón de la sociedad y sin tener la firma de ella, se encontraran, sin embargo, como asociados generales, iguales a los primeros, aunque bajo el secreto del acta social; sería, pues, respecto de estas dos clases de socios para los que podría ser útil procurar el conocimiento al público en caso de desarreglo de los negocios de una sociedad. Esto podría, quizás, significar un bien, pero veamos los inconvenientes que de ello podrían resultar:

1.º El secreto, tan necesario en las actividades de un negociante, será revelado; de ahí que los franceses que no quisieron que sus nombres fueran publicados, se interesasen las sociedades de los extranjeros que no impongan en su patria esta ley molesta, lo que ocasionaría un doble perjuicio al comercio de Francia, privándole de un fondo que aumentaría las posibilidades y riquezas de nuestros rivales extranjeros.

2.º Importa a un negociante que se ignore que está en un determinado negocio o que está por una cantidad más o menos considerable.

3.º Si se le supiera interesado en un negocio un poco dudoso o sí, estando en otro muy ventajoso, fuese sabido que el interés de él es extremadamente mediocre, el crédito, del cual tienen necesidad para continuar su principal comercio, se debilitará y quizá desaparecerá totalmente.

4.º Los negociantes más acreditados no siempre tienen los fondos necesarios para sostener su comercio; se asocian a personas ricas que no quieren descubrirse y que aportan, sin embargo, todos o casi todos los fondos. Esas son las personas que aumentan la masa general de los fondos del comercio y le hacen florecer; es esto lo que les sostiene en gran parte. Si hoy se les fuerza a aparecer retirarán sus fondos, y así disminuída la masa, el comercio que ellos sostienen caerá.

¿Por qué, pues, renovar una ley que, a pesar de su vejez, no ha podido jamás ser ejecutada hasta el presente, por los inconvenientes sin número que en ellas se encuentran, y que son de con-

secuencias más trascendentales que todas las ventajas que de ella se podrían sacar?

Es preciso que esto ocurra así, ya que parece que se ha pensado desde siempre de esta forma, y que si alguna vez se ha querido hacer una ley para la inscripción, las circunstancias han obligado a abandonar su ejecución.

Primeramente se había querido introducir la inscripción para las sociedades contraídas por extranjeros. La ordenanza de Rosellón, artículo 38, y la ordenanza de Blois, artículo 353, lo decidían así; pero a pesar de que podían existir buenas razones para las sociedades contraídas por extranjeros, los cuales podían en cada instante abandonar Francia, esas ordenanzas no han sido ejecutadas. La Ordenanza de 1629, artículo 414, había extendido esta Ley a las sociedades entre naturales franceses, pero esta Ordenanza no ha constituido ley del reino, no habiendo sido registrada en el Parlamento, y el artículo no ha sido jamás ejecutado. Por último, la Ordenanza de 1673 ha renovado esta disposición, pero fué abandonada bien pronto después, y desde el 21 de junio de 1681 fué fallado en la Cámara alta del Parlamento de París que una sociedad debía tener ejecución aunque no registrada, y es constante que, efectivamente, muy pocas sociedades han sido inscritas, sin que de ello se hayan derivado inconvenientes. Los motivos que han hecho renunciar a esta inscripción subsisten y subsistirán siempre; es una servidumbre para el comercio, y todo lo que le humilla le destruye; no se sostiene sino por la libertad.

¿Qué inconveniente hay, pues, en abandonar esta cuestión a la buena fe general, como siempre se ha hecho y a esta confianza mutua que es el alma del comercio? El que trata con alguien se reputa que le conoce. Si no le conoce no debe tratar con él, o si le trata debe pedirle que se dé a conocer. Si no toma esta precaución y se contenta con la buena fe general y pública debe seguirla y si ella no llena sus esperanzas, ello no debe imputarse sino a él mismo, que se confió demasiado ligeramente a quien no conocía lo suficiente.

Artículo 5.º Los extractos de las actas de sociedad no han sido jamás sometidos a inspección. «Si l'ou établit aujourd'hui un droit cela pourra avoir de suites et devenir de consequence» (1).

Artículo 6.º Este artículo no está explicado. Un mercader socio, sea demandante o demandado, estará obligado a justificar la inscripción de su sociedad; pero un demandante no socio que litigue contra un demandado socio, ¿estará obligado a justificar la inscripción de la sociedad por su parte y hacer los gastos del control? Por otra parte, si el socio ha dejado de hacer el registro, ¿el acreedor de la sociedad perderá su crédito?

(1) Dejo ese inciso en francés porque, aunque indiferente para nuestra tarea, no debo permitirme libertad en la traducción de una cosa cuyo real sentido no sé y no he podido salir de dudas con la consulta a personas autorizadas

Artículo 7.º La Ordenanza de 1673 pronuncia una nulidad de la sociedad, tanto entre los socios como con relación a los acreedores por falta de inscripción; ahora bien, hoy casi todas las sociedades son nulas, habiendo muy pocas inscritas. Siendo así, ¿en provecho de quién caerá el beneficio y cómo el acreedor de una tal sociedad podrá hacerse pagar después de haber él cumplido de buena fe?

Apuntes de Derecho sucesorio

(Posición y derechos de los legitimarios en el Código civil)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario de Madrid

II

Medios de atribución y concreción de las legítimas y consecuencias de su respectiva atribución

SUMARIO: § 1.º Los principios romanos de la necesidad de institución de heredero, de su universalidad y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada, y su posterior atenuación o derogación en Derecho histórico castellano y en el Código civil.—§ 2.º La institución en cosa cierta como medio de individualizar la legítima en bienes predeterminados.—§ 3.º La individualización de la legítima en la partición hecha por el testador. Examen del párrafo segundo del artículo 1.056 del Código civil.—§ 4.º Atribución expresa o tácita de la legítima como legado de parte alicuota.—§ 5.º ¿Pueden atribuirse eficazmente en pago de legítimas legados de cosas que no pertenezcan a la herencia del causante?—§ 6.º Consecuencias de la atribución de la legítima a título de herencia y a título de legado.

Dos son los objetivos que perseguimos en esta segunda parte de nuestro trabajo. Primero: Precisar los medios de que dispone el testador para individualizar las legítimas; diferenciando expresamente, de una parte, la concreción conseguida en la partición verificada por el propio testador y, de otra, la efectuada a través de legados e instituciones *in re certa*. Segundo: Determinar las consecuencias prácticas—ventajas e inconvenientes—que derivan de atribuirse la legítima a título universal o singular. Concretamente, según la institución se otorgue *in re certa*, *in universitatae*, o *in quota*. Bien en concurrencia con otros herederos testamentarios o con los señalados abintestato en el supuesto del artículo 764 Código civil. Y según el legado sea de universalidad, de parte alicuota, de cosa cierta, de especie o cantidad, o de cosa ajena—de ser eso posible.

Pero, tanto para poder dominar el primer objetivo enunciado, que supone el estudio de las instituciones *ex re certa*, como para acotar el ámbito del artículo 764 del Código civil y para explicar la derogación de la doctrina justiniana en el artículo 815 del mismo Código, nos será preciso examinar sucintamente la evolución y estado actual de los viejos principios romanos de la necesidad de la institución de heredero, de su universalidad y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.

Por eso comenzaremos con ese examen, que simplificaremos cuanto podamos, reduciéndolo a un bosquejo lo más claro y todo lo preciso en sus líneas fundamentales que nos sea posible.

§ 1.º.—LOS PRINCIPIOS ROMANOS DE LA NECESIDAD DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO, DE SU UNIVERSALIDAD Y DE LA INCOMPATIBILIDAD DE LAS SUCESIONES TESTADA E INTESTADA (1), Y SU POSTERIOR ATENUACIÓN O DEROGACIÓN EN DERECHO HISTÓRICO CASTELLANO Y EN EL CÓDIGO CIVIL

A) *Principio de la necesidad de la institución de heredero para que haya testamento.*

Este axioma sienta la recíproca consustancialidad de testamento e institución de heredero; derivando de ahí, como consecuencias, que «donde hay institución de heredero hay testamento»; y que «si hay testamento debe haber necesariamente institución de heredero».

a) *En Derecho romano*, positivamente se apoyó este principio en los siguientes textos:

Digesto XXVIII-V, Ley 1.ª párrafo 3.º, Ulpiano: «Qui neque legaturus quid est, neque quenquam exheredaturus, quinque verbis potest facere testamentum, ut dicat, *Lucius Titius mihi heres esto*. Haec autem scriptura pertinet ad eum, qui non per scripturam testatur, qui poterit etiam tribus verbis testari, ut dicat: «Lucius heres esto»; nam et «*mihi*», et «*Titus*» abundat» (2).

Instituta, II-XXIII, párrafo 2.º: «In primis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis recto jure testamento heres instituat... alioquin inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur».

E, Instituta II-XX, párrafo 34: «... quia testamenta vim ex-

(1) Sobre estos y los demás principios sucesorios ver la magnífica obra de MARTÍ MIRALLES *Principis de Dret Successori*, Barcelona, 1925, especialmente para el principio de la *necesidad* de la institución, pág. 12 y ss.; para el de la *universalidad*, pág. 21 y ss., y para el de la *incompatibilidad* de las sucesiones testada e intestada, pág. 28 y ss.

(2) «El que no ha de legar cosa alguna ni ha de desheredar a nadie, puede hacer testamento con cinco palabras, como diga: *Sea Lucio Ticio mi heredero*. Mas esta escritura corresponde al que no testó por escrito, el cual podrá testar con tres palabras, diciendo: *Sea heredero Lucio*; porque sobran el *mi* y el *Ticio*» (Traducción de GARCÍA DEL CORRAL.)

institutione heredis accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.»

Pero no debemos olvidar que ya en la época imperial el testamento no era el único instrumento de disposición *mortis causa*. A su lado aparece el codicilo. Su origen arranca de una disposición singular de Augusto, que por primera vez consideró como disposición válida de última voluntad a un apéndice no formal de un testamento (3).

A fines de la época clásica se llegó a admitir el otorgamiento de codicilos no sólo como complemento de un testamento anterior, sino también con plena independencia de toda disposición testamentaria (4).

A la par que esta institución se desarrolla una cláusula que se insertaba en los testamentos para prevenir su ineficacia sobrevenida. Es la *cláusula codicilar*, en virtud de la cual el testamento que como tal no valía se sostenía como codicilo, convirtiéndose la institución en fideicomiso universal a cargo de los herederos *abintestato*, mientras las demás disposiciones del testamento (v. gr. legados, manumisiones, etc.) se tenían por fideicomisos, que a su vez gravaban al fideicomisario universal, o directamente a los herederos *abintestato* si el testamento no contenía institución (5).

Los autores de Derecho común señalaron algunos casos en que la cláusula codicilar se entendía tácitamente contenida en los testamentos. Antonio Gómez (6) señaló los siguientes supuestos: 1.º «quando in testamento vel dispositione opponitur iuramentum: et hoc dupliciter, vel quod testator iurat velle omnia ibi contente servari vel quod iubet heredem iurare omnia ubi solvere et adimplere»; 2.º «quando testator dixit quod volebat quod dispositio sua valeret omni meliori modo quo possit»; (7); 3.º y, «quando pater, mater, vel ascendens testator inter liberos et descendentes».

b) *En el Derecho castellano*, quedó borrada la diferencia de fondo entre codicilos y testamentos. Sea por entenderse *ex lege* con valor codicilar cualquier testamento, aunque no contuviere

(3) Ver JÜRS-KUNKEL, *Derecho privado romano* (traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro, Madrid, 1917), § 207, 1, pág. 461.

(4) Así JULIANO, en el texto recogido en el Dig. XXIX-VII, 3, pr., dice que: «Si quis, quum testamentum nullum habebat, codicillis fideicommissa hoc modo dedit: «quisquis mihi heres erit bonorumve possessor, eius fidei comitto», fideicommissa praestari debent, quia pater familias, qui testamenti factionem habet, et codicilos facit, perinde haberi debet, ac si omnes heredes eius essent, at quos legitima eius hereditas vel bonorum possessio perventura esset».

(5) JÜRS-KUNKEL, op. cit., § 207, núm. 5, nota 7, pág. 462. Codex VI-XVI, 8.

(6) «Ad leges Tauri Comentarium», Antuerpiæ, 1624, Ley III, núms. 73, 74 y 75, pág. 26.

(7) Algunos autores dieron mayor amplitud a esta cláusula «omni meliori modo...» que a la puramente codicilar. Ver al efecto lo que dijimos en la primera parte de este trabajo, nota 174.

dicha cláusula, o bien por prescindirse de la necesidad de la institución de heredero para la validez de los testamentos. Lo cierto es que éstos mantenían su eficacia, aunque no contuvieran aquella cláusula expresa, tanto si faltaba en ellos la institución de heredero como si conteniéndola el instituido no aceptaba. Así lo dispuso la Ley 1.^a, Tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá (8), que pasó a ser la Ley 1.^a, título IV, Lib. V de la Nueva Recopilación y del título XVIII del libro X de la Novísima: «... y mandamos, que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en cuanto a las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno; y entonces herede aquél que según derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso que el testador no hiciere testamento, y cúmplase el testamento...»

c) El Código civil, en su art. 764, también elimina, siguiendo la expresada tradición castellana (9), aquella regla romana.

Su art. 764 no puede ser más claro al respecto: «El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero... y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar, en estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los descendientes legítimos.»

Pero cabe preguntar si el Código vigente no ha ido más lejos de donde llegaron sus precedentes castellanos.

En la Ley del Ordenamiento, después recopilada, sus palabras, antes transcritas, disponían que, a falta de institución de heredero o aceptación del instituido: «y entonces herede aquél que según Derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso de que el testador no hiciere testamento, y cúmplase el testamento». Hoy, el Código civil se expresa invirtiendo el orden de los términos. Así dice primero, «se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las Leyes», y, después, que, «el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos».

Este tránsito de expresión se operó en el proyecto de 1851, que, en el artículo 621, párrafo 3.º, dispuso: «En uno y otro caso (falta de institución y falta de aceptación) se cumplirán las disposiciones del testamento y en el resto de los bienes que no hubiere dispuesto el testador, se heredará con arreglo al título siguiente.»

Al parecer, no se dió a esa redacción intención innovadora. Así vemos cómo el alma de este proyecto, García Goyena, escribe

(8) Las Partidas habían mantenido el principio romano. Así, el proemio del tit. III, de la sexta Partida, comienza con estas palabras: «Fundamento e rayz de todos los testamentos, de qual natura quer que sean, es establecer herederos en ellos».

(9) El proyecto de Código civil de 1851 decía en los dos primeros párrafos de su art. 625: «La institución de heredero no es necesaria para la firmeza del testamento. Tampoco lo es la aceptación de la herencia por el heredero».

la siguiente glosa: «*En el resto de los bienes*. Conforme la misma Ley recopilada» (10).

Pero en el Proyecto de 1882, en el título de las mandas y legados, numerado como artículo 876, se añadió un precepto que no existía en el Proyecto de 1851 (11). El Código civil lo ha recogido en el artículo 891: «Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa.»

Norma que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de enero de 1918, ha interpretado diciendo que el artículo 891, declarando innesaria la institución de heredero para la subsistencia del testamento, permite al testador disponer de todos sus bienes en forma de legado. Y la Dirección General de Registros, en Resolución de 30 de diciembre de 1916, dice que este mismo precepto, «al permitir una forma especial de sucesión hereditaria, en la que se prorratan las deudas y gravámenes entre los legatarios y éstos ocupan el lugar de los herederos, transformando en cierta manera las cuestiones de representación del causante en problemas de liquidación del patrimonio, hace innecesaria la intervención de los sucesores a título universal».

Es decir, que, al parecer, *del principio castellano de la innecesidad de la institución de heredero para la validez del testamento, se ha pasado, en el Código civil, al principio de la innecesidad de la existencia de heredero en la sucesión*. Esta podrá deferirse distribuyendo la herencia en legados.

Manresa (12), comentando este artículo 891 del Código, dice:

«Pregúntase quién representa al testador en el caso del artículo 891, y quién ejercita los derechos que le competen y no hayan sido expresamente legados.»

«Constituye el activo de la herencia de una persona el conjunto de todos sus bienes y derechos transmisibles. Si todos estos bienes y derechos han sido distribuidos en legados por el testador, que es el caso a que el artículo 891 se refiere, no puede quedar derecho alguno que deba ser ejercitado por distintas personas que los mismos legatarios.»

«El pasivo de la herencia está formado por las deudas y gravámenes hereditarios, esto es, por cuantas obligaciones contrajo el testador durante su vida o impuso en su testamento, y todas ellas han de ser cumplidas proporcionalmente. Luego no hay más representación que la de los legatarios.»

(10) «Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español». Madrid, 1852. T. II, pág. 78.

(11) Según parece su norma fué tomada del art. 3.616 del Código de Méjico entonces vigente (reiterado en el actual 1.411), y del art. 1.794 del Código portugués.

(12) «Comentarios del Código civil español». T. VI (6.ª ed.). Madrid, 1932), página 685.

«La única diferencia entre este acto y aquel en que hay herederos es que éstos responden hasta con sus propios bienes al cumplimiento de las obligaciones del testamento, a menos de aceptar a beneficio de inventario, mientras que los favorecidos con los legados no responden nunca, si no quieren, más que hasta donde alcance el valor de sus respectivas mandas. Borrada esta diferencia en el Código de Méjico, por entenderse siempre allí aceptada la herencia a beneficio de inventario, dice con razón el art. 1.286 que cuando todo el caudal se distribuye en legados, los legatarios serán considerados como herederos representantes de la herencia.»

Precisando Scaevola (13) que «puede un acreedor de aquél (del testador) reclamar de cualquiera de los legatarios nombrados su deuda, aunque ésta ha de ir siempre subordinada al importe de la herencia que aquél perciba. Lo cual no ocurre con el heredero, que tiene el derecho de repetir por exceso contra los demás coherederos, a los efectos del art. 1.085».

Sánchez Román (14) comenta que «la *regla especial* del artículo 891 no significa tampoco que, en tal supuesto de distribuirse toda la herencia en legados, por no contener el testamento institución de heredero, se varía la naturaleza del mismo como título singular de sucesión *mortis causa*, ni corresponde a los legatarios, en tal caso, la disposición y representación jurídica del causante, ni la misma de su patrimonio hereditario, sino en la medida del valor respectivo de cada legado conforme al párrafo 2.º del art. 858; dentro de cuyo límite tendrán siempre los acreedores toda preferencia a los legatarios, pudiendo utilizar aquéllos, por analogía, el derecho de intervención en la partición que les otorga el art. 1.083, «para evitar se haga en fraude o en perjuicio de sus derechos»; y, también, por analogía, el 1.084, al efecto de reclamar cualquier acreedor de uno o varios legatarios..., el pago de sus deudas por entero, si basta el importe del legado para cumplirlas o hasta donde alcance el mismo, sin perjuicio del derecho del legatario, con cargo a cuyo legado se satisface el crédito, a repetir el reintegro en la prorrata correspondiente del 891 de los demás colegatarios; porque, entendemos que al acreedor no puede obligársele a dirigir su acción prorrateando sus reclamaciones entre todos los legatarios, ni antes ni después de haberse hecho la partición a que él fué ajeno, ni exponerlo a una insolvencia, ulterior y parcial, de alguno, mientras haya bienes de aquella herencia que nunca pudieron aplicarse a los legados, sino después de satisfechas las deudas que formaban el pasivo de la herencia..., y también aplicable, por analogía, el 1.085, en cuanto al legatario que haya pagado más de lo que le

(13) «Código civil comentado y recordado extensamente», T. XV (4.ª ed., revisada y puesta al día por ORTEGA LORCA, Madrid, 1946), págs. 480 y ss.

(14) «Estudios de Derecho civil», tomo VI, vol. 2.º (2.ª ed., 1910), páginas 1342 y ss.

corresponda a su participación en la herencia, o cuando por ser la deuda hipotecaria o consistir en cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente, en cuyo caso podrá reclamar de los demás su parte proporcional.»

Volveremos sobre este tema. Pero queremos anticipar que esta doctrina del art. 891 sólo la estimamos aplicable a los supuestos de legados que no sean de cuota o parte alícuota. Esa figura del legado parciario sólo la entendemos viable y lógicamente posible cuando el legatario de cuota, alícuota o remanente, coexiste con uno o varios herederos del causante o por lo menos con un contador con amplias facultades para liquidar la herencia y finiquitar sus deudas. Luego expondremos nuestras razones.

d) Cuestión distinta a la que resuelve si puede darse sucesión sin heredero, es la relativa a la posibilidad por parte de los legatarios de percibir sus legados, aunque los herederos testamentarios o legales no acepten la herencia.

Este extremo cuenta con interesantes antecedentes en nuestro Derecho histórico. Giran en torno a la polémica sostenida por los clásicos castellanos acerca de la interpretación de la citada Ley del Ordenamiento, después recopilada, en su inciso: «*Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas, y en las otras cosas que en él se disponen.*»

De una parte, la mayoría de los autores sostuvieron que dicho texto derogó el Derecho común, pues admitió como válidos los legados, y todo lo demás contenido en testamento o en codicilo, aunque la herencia no fuese adida por los instituidos en el testamento ni por los herederos abintestato. Entendieron que en dicho caso los legatarios debían implorar el oficio del Juez, que nombraría un curador de la herencia yacente, ordenando el pago de los legados. De esta opinión, entre otros, fueron Gregorio López (15), Antonio Gómez (16), Tello Fernández (17), Matienzo (18), Juan Gutiérrez (19), etc. (20).

(15) Glosa 4, a la palabra «frutos», de la Ley 37, tit. IX, Sexta Partida: Después de exponer la posición contraria, la rechaza, diciendo que: «la generalidad de las palabras de la Ley del Ordenamiento nos inducen a creer que quiso subsistieran en todo caso las mandas, lo que no sucedería si fuese indispensable cuando menos la adición de parte de los herederos legítimos, de lo que no habla una palabra: así, pues, en virtud de dicha Ley, aunque por persona alguna no se haya admitido la herencia tendrán su derecho expedito los legatarios, y en ese caso implorarán el oficio del Juez, a semejanza de lo que respecto a las mandas piadosas opinaba Baldo». Añadiendo que «análoga es la decisión de Alejandro en la Ley 1 *Dig. d. leg. 1.*, sobre un estatuto parecido, la cual interpreta también Soccino, admitiendo como probables los dos sentidos que hemos indicado, y añade que tomada la ley en el último sentido, deberá nombrarse procurador para los bienes».

(16) «*Variae Resolutiones Juris Civilis Communis et Regii*» (Lugduni, 1701), volumen I, cap. XII, núm. 11, pág. 161: «*Hodie tamen in nostro Regno bene valent legata, et omnia alia, contenta in testamento, vel codicillis, haereditate non adita ex testamento, nec ab intestato, ita disponit l. 1, l. iii, de los testamen-*

Otro grupo de autores, por el contrario, entendieron que la Ley del Ordenamiento, en el inciso de que nos ocupamos, se refirió solamente a la falta de adición de la herencia por el heredero testamentario, sin decidir que no hiciera falta la aceptación por los herederos legítimos que debían entrar a suceder en virtud de la repudiación de los instituidos. Covarrubias (21) y Acevedo (22),

ios, lib. 5. Ord. (Nueva Recopilación) quae sic debet intelligi, quo caso competit conditio ex lege, vel officium iudicis».

(17) «Prima pars comentariorum in constitutionem Taurinas» (Granatae, 1566), Ley III, parte 3.ª, núm. 3, fol. 21 vto.: «Secunde etiam corrigitur, quae si ex testamento haereditas non adeatur, legata non debentur... Secundum vero hanc legem (la del Ordenamiento) et si haereditas non adeatur, valent legata, et caetera que in testamento continentur».

(18) Op. y loc. cit., gl. XIV, núms. 7 y 9, fol. 84. Dice refiriéndose a la mencionada Ley Regia: «Quo circa statuit, ex nulla causa testamentum solemnne rumpi posse, quoad legata et fideicommissa in eo contenta, etiamsi ullo modo, praedictos non adeatur ex testamento, vel ab intestato» (núm. 7, ap. 1). En el núm. 9, afirma que sigue siendo la *actio ex testamento*, la acción correspondiente a los legatarios, en caso de repudiación de los herederos. En lo que disiente de la precedente opinión de GÓMEZ, que entendió les competía en este caso la *conditio ex lege*.

(19) «Opera Omnia», L. II. «Practicarum Quaestionum Civilium» (Colloniae Allobrogum, 1730), Quaest. XXXI, pág. 40

(20) Cuestiones conexas a la anterior fueron: la relativa a la derogación de las cuartas Falcidia y Trebellianica; la referente a si los legatarios tenían derecho a los frutos desde el fallecimiento del testador, y las relacionadas con la transmisión de la propiedad de la cosa legada.

Algunos autores, como GÓMEZ (loc. ult. cit.), resolvieron el primer problema entendiendo que al no requerirse la adición para la eficacia de los legados, para cuyo estímulo se establecieron la Falcidia y la Trebellianica, holgaba la razón para la aplicación de éstas. En cambio, la opinión opuesta la sostuvieron otros ilustres doctores como MOLINA, MATIENZO, PICHARDO, etc. Un breve y claro resumen de esta polémica puede verse en las «Additiones», de AYLLÓN (vol. y cap. cit., Ad. al núm. II, vers. «Ex qua lege Regia inferes», pág. 79).

En torno a la segunda cuestión, escribió GREGORIO LÓPEZ (loc. ult. cit.): «Dado que en virtud de la citada ley no debe esperarse la adición de la herencia para la validez de los legados, parece consiguiente que los frutos se deban al legatario desde la muerte del testador; en efecto, según la *l. 86, § 2 D. de leg. 1*, y nuestras leyes de Partidas, los frutos no se debían, mientras la herencia no estuviere adida, porque, hasta haberse verificado la adición, los legados estaban como en suspenso; quitando pues ese obstáculo en la citada *l. del Ordenam.*, parece que ha desaparecido la consecuencia; sin embargo, el lector podría meditar más sobre este punto. ¿Qué diremos si la cosa legada no perteneciere al testador y si al heredero o a un extraño?

MARTÍ DE EIXALÁ (op. y vol. cit., págs. 633 y ss.) concluye su adición a esta glosa de GREGORIO LÓPEZ diciendo: «Aquí la Ley del Ordenamiento no ha hecho más innovación que declarar debido irrevocablemente el legado desde la muerte del testador; luego desde este instante queda el heredero constituido en mora *ex re ipsa*, y por consiguiente sujeto a la prestación de frutos».

Ahi tenemos claramente expuestos los antecedentes de los artículos 881, 882, 883 y 884 del Código civil.

(21) «Opera omnia» (Antuerpiae, 1614) Vol. I. «De testamentis» cap. Raynaldus XVII, § 3.º, núm. 14, pág. 104, donde hablando de la repetida ley, dice: «quae non aedeunte haerede instituto statuit legate relicte in testamento valere. Est enim necessarium haereditatem adiri ab his, qui legitime succedunt ab intestato: quae relectorem admonere volumus nihil constanter asseverantes, ex eo quod Regiae legis verba hanc interpretationem dubiam efficere videantur».

(22) Op. y vol. cit., gl. 136 a la citada Ley (p. 111).

cuentan entre los más destacados sustentadores de esta segunda tesis (23).

Sin embargo, notemos que, en la opinión de algunos autores, se atenuaban las diferencias, a primera vista tan radicales, planteadas entre ambas posiciones. Así Gregorio López (24), Tello

(23) Entre los argumentos y contrargumentos a favor y en contra de esta opinión podemos señalar los siguientes:

1.º) La citada ley se refiere únicamente, al parecer, a la falta de adición de la herencia por parte de los instituidos en el testamento, y no dice que no deba adirse por los sucesores legítimos. A lo que se contesta (vid. GUTIÉRREZ, loc. cit.) que la ley dispone que el testamento valga en cuanto a los legados y cuanto en él se contenga, en el caso en que dichos herederos escritos no acepten la herencia, no repitiendo para este supuesto las palabras que añade en el caso de falta de institución: «Y entonces herede...». Luego no se requiere la adición de la herencia en este otro caso.

2.º) A esta razón podría oponerse que las palabras citadas «Y entonces herede...», aunque añadidas sólo al primer supuesto de falta de institución, deben sobreentenderse en el segundo, quedando igualmente obligados a la prestación de las mandas dichos sucesores legítimos, cuyo gravamen no hubieran debido sufrir por Derecho común. A ello, objetó Gregorio López que la generalidad de las palabras de la ley del Ordenamiento inducen a creer que en todo caso quiso que subsistieran las mandas, como sucedía en Derecho común con las mandas piadosas, y que el mandato «*cúmplase el testamento*» puede ir dirigido al Juez.

3.º) Que no expresando la citada ley que se deban los legados, aunque la herencia no sea admitida por los herederos abintestato, no debía suponerse hasta tal punto corregido el Derecho común y las Leyes de Partidas. Argumento al que se opone igualmente la generalidad de las palabras de la ley, que revela la intención de querer en todo caso que se cumpla el contenido del testamento.

4.º) Que si la referida ley dió valor codicilar al testamento que no contuviera institución de heredero o en que el instituido no aceptara, debe aplicarse a estos casos igual doctrina que a los codículos, que requerían para su eficacia la aceptación, por lo menos, de los herederos abintestato. Oponiendo MATEIENZO (número 9): «*Hodie autem ius nostrum Regium has tollitur subtilitates, et ambages, ut testatoris voluntas omnino adimpleatur. Et sustineatur, ne sit in voluntate haeredum scriptorem, vel legitimorum, excludere legatarios a legatus sibi in testamento relictis: nec abintestato legata debentur, sed ex testamento... Nec oberunt ea verba: «Y entonces herede quien deba...» quia non imponitur, necessitas haeredi legitimo adeundi haereditatem sed eius voluntate relinquatur, ut constat, non ergo inde sequitur quod legata non sustineatur absque eius aditione, imo hoc expressim decidit testum istud, iuxta nostra intellectum quia si ex testamento ipse censetur vocati, et instituti, sed verius substituti haeredes legitimi, ex tacita testantis voluntate, secum lege nostra conformantis, et deinde lex dicit, sustineri legata absque aditione haeredis instituti, ergo etiam valent absque aditione legitimorum, quippe qui instituti, vel substituti censentur, ex tacita testatoris mente».*

5.º) Que los herederos sólo pueden obligarse en virtud del cuasi-contrato que supone la adición. Argumento que entraña una petición de principio.

6.º) Que en el supuesto de reclamarse los legados mientras la herencia estaba vacante, podría suceder que para satisfacer cantidades de poca monta se distrajeran a bajo precio cosas de mucho valor, lo que es absurdo entender que entrase en la intención del testador. Las atenuaciones que, como luego veremos se admiten a la teoría de la innecesidad de la aceptación y las medidas que proponen sus sustentadores, reducen extraordinariamente este peligro.

(24) Glos. cit.: «Es indudable que el Juez, cuyo oficio se implora, deberá requerir a los sucesores legítimos, por sí quieren adir la herencia, esto es, antes que nombre dicho curador y de ordenar el pago de los legados».

Fernández (25) y Juan Gutiérrez (26) indicaron que el Juez, antes de nombrar curador y ordenar el pago de los legados, debía requerir a todos los presuntos herederos abintestato señalándoles un plazo para que aceptasen o repudiasen la herencia. Es decir, vinieron a conceder que no bastaba la repudiación de los herederos instituidos, ni de los abintestato de primer grado, para que el Juez, sin más, pudiera ordenar el pago de los legados. Era imprescindible la repudiación de todos los posibles herederos hasta agotar los llamamientos legales.

Por otra parte, Alfonso de Acevedo (27) admitió que, en caso de no ser adida la herencia por ninguno de los llamados abintestato, pudiera remediarse esa falta de aceptación por oficio del Juez, ordenando el cumplimiento de los legados previo proveer a la herencia de un curador.

En el régimen de nuestro Código civil no es posible una herencia repudiada por todos los herederos abintestato. Pues, conforme al artículo 956 de dicho Código, a falta de otras personas con derecho a heredar, corresponde la herencia al Estado (28).

(25) Op. y loc. cit., n.º 6, fol. 22 vto.: «Unde secundum hanc opinionem Succim (referida a un estatuto italiano semejante), stante lex nostra, si nihil minus requiritur aditio venientium abintestato, vel haereditas adeatur, tunc dabitur actio personalis, et hypothecaria, et caeterae actiones, quae pro legato consequendo a iure disponuntur. Sin vero, etiam si haereditas non adeatur, in lex nostra debentur legatæ, tunc debitor curator haereditati iacenti, contra quem intentabantur actionem». Y, líneas después (en el fol. 23) añade, refiriéndose al mismo dictamen de SOCCINO, «quae etiam ex nostra lege procedit, quando nullus haeres voluit adire vel quia nullus fuit institutus, tamen venientes abintestatus adire noleunt, itroque casu procedit Soccini sententia».

(26) Op. y loc. cit., n.º 6: «requirendi tamen sint ipsi (los herederos escritos y los llamados abintestato), an velint adire, necne, antequam iudex percipiat legata solvi, atque certum terminum breveni ad id iudex statuere, quibus venientibus vel tacentibus, transacto d. termino dabitur curator atque defensor hereditati iacenti vel bonis defuncti, qui conventi poterit pro legatis: ab eoque legatarii sua legata consequentur».

(27) Op. vol. y pag. cit., n.º 137: «et sic concordari possent (las dos contrapuestas opiniones), scilicet, quod vera sit prima opinio quod non debentur, nec peti possunt legata nisi aditam haereditate a venientibus ab intestato saltem nisi, per iudicem ad petitionem legatarium terminus ipsis venientibus ab intestato assignatur ad adendum, vel repudiandum, quo elapso si nihil horum fuerint, exequantur legata ipsa et solventur legatariis, prius proviso curatore bonis defuncti, qui respondeat legatariis, si opus fuerit, vel consentiat solvi eis legata, et sic etiam non aditam haereditate proveniente ab intestato, legata solventur ex remedio nostra legis, vel melius iudicis officio, cum curator ipse loco ipsorum venientium ab intestato nolentium tunc adire per iudicem nominetur...» «sequendum quod supra dictum est, itroque remedio uti etiam poterunt exequutores testamtorum contra ipsos haeredes ab intestato, si nolit adire, vel distulerint declarare suam voluntatem».

(28) ACEVEDO (op. y vol. cit., n.º 139 y ss.) ya planteó si, en caso de que ni los herederos instituidos ni los llamados abintestato aceptasen la herencia, y los bienes por dicha razón vacantes pasaran al Fisco, debían ver satisfechos por éste los legados y fideicomisos dispuestos por el causante. A pesar de observar que dichos bienes corresponden al Fisco «tamquam vacantia, nam tamquam haereditaria» resuelve que «tamen Fiscus fungitur vice haeredis, et tenetur ad omnia onera haereditaria».

como heredero abintestato de último grado. Y, en este supuesto «se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello» (art. 957). En consecuencia, deberán aplicarse los arts. 1.026 y siguientes del Código civil y los correlativos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (29).

B) *Los principios de la universalidad de la institución de heredero y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.*

a) *Derecho romano*

El principio de la universalidad de la institución deriva del propio concepto romano de heredero: «Heredes iuris successoresunt (30)»; «Heres in ome ius mortui; non tantum singularum rerum, dominium succedit (31)».

Heredero es tanto como sucesor en el *universum ius*, en todas las relaciones jurídicas del causante, comprendiendo todos sus derechos y obligaciones. El *concursum* de varios coherederos daba lugar a que fuese esa titularidad compartida (32), pero la universalidad resplandecía de nuevo al producirse la vacante de cualquiera de los coherederos.

Lo que no admitieron los romanos fué la coexistencia *in solidum* de varios herederos universales. «Uni duo pro solido heredes esse non possunt», expuso Paulo (33).

Nota Martí Miralles (34) que la imposibilidad no era sólo jurídica, o de mera forma legal, sino también lógica por aplicación del principio metafísico de no contradicción.

Rotundamente se expresa Antonio Gómez (35) en este sentido, siguiendo las exposiciones de los maestros Bartolo y Baldo: «si non accrescerent aliae partes haeredi instituto in re certa, vel in quota repraesentaretur defunctus tantum pro parte et non in totum quod esset monstruosum, et impossibile: quia fictio imitatur naturam: et id quod est impossibile per naturam, est impossibile per fictionem... unde sicut naturaliter non potest esse homo vivus pro parte, et pro parte non: ita per fictionem legis non potest post mortem repraesentari pro parte».

(29) Claro que, conforme determina el art. 958 C. c.: «Para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios habrá de proceder declaración judicial de heredero, adjudicándole los bienes por falta de heredero legítimo».

(30) Dig. XXVIII-V, 9, § 12.

(31) Dig. XXIX-II, 37.

(32) El citado párrafo 12 de la ley 9 (Dig. XXVIII-V), prosigue «et, si plures instituantur, dividi inter eos a testatore ius oportet; quod si non fiat, omnes aequaliter haeredes sunt».

(33) Dig. L-XVII-141, § 1.º

(34) Op. cit., pág. 22.

(35) «Variae...» lib. I, cap. III, n.º 8, vers. «Sed licet», pág. 115.

Combinando esa imposibilidad con la universalidad del título hereditario conferido por el testador, llegaron los romanos al principio de la incompatibilidad de la sucesión testada con la intestada. Si el heredero testamentario lo era en la totalidad o universalidad del patrimonio del difunto, evidentemente no podía quedar residuo a disposición de los herederos abintestato (36).

Consecuentemente en la Ley 7, del título *De regula iuris* (Dig. L-XVII) se declaró por boca de Pomponio: «Ius nostum non patitur eundem in paganis (paisanos, en oposición a «miles») et testato, et intestato decessisse; earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus». Texto del que se sintetizó el apotema jurídico «nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest».

Consecuente con estos dos principios enunciados fué la Ley «Si ex fundo» (37), que aplicó el principio de la universalidad y su corolario de la incompatibilidad.

No obstante, el propio Derecho romano ofrece dos interesantes excepciones del segundo principio enunciado. Una, en el testamento militar (38). Otra, en los supuestos en que se daba lugar a la rescisión *pro parte* de la institución de heredero en virtud del ejercicio de la *querela inofficioso testamento* (39).

Esto parece indicar que la contradicción lógica que, a juicio de los juristas romanos, existía de suceder en parte testado y en parte intestado, no era tan absoluta como en general se ha pretendido. Efectivamente, ¿es que no cabe dentro de lo posible que un testador quiera la coexistencia mancomunada con los herederos abintestato del designado por él en su testamento con señalamiento de parte? (40). He aquí el punto vulnerable de este principio, que no escapó a la perspicacia del jesuíta Luis de Moli-

(36) MARTÍ MIRALLES: Op. cit., pág. 28.

(37) Dig. XXVIII-V, l.^a, § 4, del que luego nos ocuparemos.

(38) Codex VI-XXI, leyes 1 y 3. Ver la interesante monografía de HERNÁNDEZ GIL: *El testamento militar (En torno a un sistema militar romano)*, Madrid, 1946, págs. 80 y ss.

(39) Ver al efecto lo que expusimos en la primera parte de este trabajo, § 5.º a. y notas 151 y 157.

(40) ANTONIO GÓMEZ (*Variae*, loc. cit.) no deja de contemplar esa posibilidad, rechazándola en estos términos: «Nec obstat, si subtiliter dicas quod ista ratio non concludit, quia licet jus accrescendi non habet locum, tamen defunctus representaretur in totum per haereditatem institutum pro parte, et per haereditatem, vel haereditatem ab intestato in alia parte, vel partibus: quia ad hoc subtiliter respondeo, quod si haeres institutus in re certa non posset esse haeres, sed succederent venientes ab intestato, et ipse esset legatarius, quod repugnant voluntati defuncti et dispositioni legis; cum vere et realiter habeat directum titulum institutionis. Item dato casu, quod sit institutus in quota, puta in tertia vel quarta parte haereditatis, esset maximum et inconveniens, quod in una et eadem persona, et haereditate essent qualitates contrariae et repugnantes».

Esta última respuesta de ANTONIO GÓMEZ peca de petición de principio; porque apoya el principio básico (la universalidad de la institución del heredero escrito) en un corolario suyo (la incompatibilidad entre las sucesiones testada e intestada). Hay, pues, una falta de lógica: quiere sostener el punto débil del soporte con algo que precisamente debe descansar en él.

na (41). Es la brecha por donde varios regímenes legales se han apartado de ese principio clásico de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.

Por lo demás, debe precisarse que la indicada incompatibilidad no significó la incompatibilidad de toda disposición *mortis causa* del *decurus* con la delación *ab intestato* del título de heredero (42). Nada de eso, la incompatibilidad se limitaba al título de *heres*. No se admitía pudiesen compartirlo un instituido en testamento y un designado *ab intestato*. Pero, por el contrario, no sólo era posible, sino frecuente que, deferido el título de herencia por la ley, el designado tuviese que cumplir los fideicomisos, legados, manumisiones, etc., que el causante hubiere dispuesto en codicilo o en testamento que, inválido como tal, contuviera la cláusula codicilar.

b) Derecho castellano

En el Derecho histórico de Castilla, la citada ley 1.^a del título XIX del Ordenamiento de Alcalá planteó a los juristas una interesante y trascendental cuestión. ¿Supuso o no aquella ley la abolición del principio «*nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest?*»

En cuatro grupos podemos clasificar las opiniones de los autores castellanos clásicos:

- 1.º) Tello Fernández (43), Ceballos (44) y Pichardo (45), en-

(41) *Los siete libros de la Justicia y del Derecho*, tomo I, vol. III (traducción y estudio preliminar de MANUEL FRAGA IRIBARNE), pág. 600. En la disposición C.I.V número 25 dice: «es ridiculo defender que se oponga al Derecho natural el morir en parte testado y en parte intestado, ya que esto no solamente se permite en el militar, sino que cuando el heredero sea incapaz de adquirir toda la herencia, puede el testador instituirle en los bienes de que sea capaz, muriendo intestado respecto a los demás, como se deduce claramente de la *lex 1.^a Cod. de secundis nuptiis*, confirmándolo la opinión de los doctores. Y es de suyo evidente que no hay absurdo alguno, en que del mismo modo que una persona puede morir integramente testado, si dice: *Instituyo a Pedro por heredero de tal fundo, o de la quinta parte de mis bienes, pasando el resto, de mis bienes a los herederos que deban sucederme abintestato*, pues, en este caso, los herederos abintestato serian herederos por testamento: lo mismo podría haberse establecido que los bienes de que expresamente no se disponga por testamento, pasen a los herederos abintestato».

(42) En este error incurre BURGOS DE PAZ (siguiendo la opinión—según él dice—manifestada por SOCCINO, con relación al supuesto de la *Authentica ex causa*). Ver al efecto Doctoris Burguensis Marci Solon de Pace. *Ad leges Taurinas insignes commentarii* (Pinciae 1568), n.º 868, fol. 283.

(43) *Prima pars commentariorum in constitutionem Taurinas* (Granatae 1566), Ley III, pars. 3.^a, n.º 2, fol. 21 vto., donde afirma: «Unde corrigitur et aliud, quod demus paganus testatus, et intestatus decedere».

(44) JERÓNIMO DE CEVALLOS: *Speculum aureum opinionum comunium contra communis* (Venetis 1604), tomo II, Quaest. 707, pág. 04, n.º 5: «Testador potest iure Regio decedere pro parte testatus es pro parte intestatus». N.º 6: «et sic nihil interest quod testador pro parte moriatur testatus et pro parte intestatus, quod de iure comuni erat maximu inconveniens».

(45) ANTONIO PICHARDO DE VINUESA: *Comentariorum in quator Institutionum Justinianearum libros*, tomo I (Vallisoleti 1630) lib. II, tit. XIV, § Haere-

tendieron que esta Ley derogó aquel principio romano, y con él, las leyes *Si ex fundo* del Digesto y concordantes y la ley 14 del título III de la Sexta Partida (45 bis).

2.º) El doctor burgalés Marcos Solón de Paz (46), confundiendo la imposibilidad de ser a la par heredero testamentario y heredero abintestato en la misma sucesión, es decir, el verdadero supuesto prohibido por la regla romana, con la cuestión de la coexistencia de herederos abintestato con legatarios designados en codicilo o testamento que contuviera o no dicha cláusula (según la particular postura adoptada por la legislación de que se trate), afirmó que aquella ley Regia exceptuaba el principio romano de la incompatibilidad solamente en dos casos: por falta de institución de herederos y por falta de aceptación de los instituidos, existiendo en ambos casos legatarios cuyo derecho se mantenía. Pero que dicha excepción no podía extenderse a ningún caso más. Así entendió que seguían en vigor la leyes «*Si ex fundo*» y concordantes y la ley 4.ª del T. III de la Sexta Partida.

3.º) Contrariamente, Matienzo (47) aceptó la derogación, por el Ordenamiento de Alcalá, de la citada ley romana y de la indicada de Partidas, y, en cambio, cree que quedó incólume el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada. A su juicio, los herederos legítimos se entendían escritos, según estas palabras de la Ley castellana: «*y entonces herede aquel que según derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso que el testador no hiciere testamento, y cúmplase el testamento*»; y, así, «*nam testatus in omnibus dicitur decedere, cum haeredes legitimi scripti censeantur et vocati, id enim velle praesumitur tes-*

ditas 8, n.º 36, pág. 277: «*iure Regio potest qui decedere, pro parte testatus, et pro parte intestatus*».

(45 bis) AYLLÓN LAINEZ («*Additionii eruditissimas ad Varias Resolutiones Antonii Gomezii*»—Venetii 1747—Lib. I, cap. X, n.º 10, ver. «*An Autem*»), señala que CEVALLOS y PICHARDO, más tarde cambiaron de opinión (cosa que no hemos podido comprobar).

(46) Op. y loc. cit.: «*Ex quo illa lex Ord. clare insinuat et permittit, testatem pro parte testatum, et pro parte intestatum, decedere posse: siquidem lex illa Ord. palam disponet (etiam nullo haerede instituto) legata ex testamento legatariis, et haereditatem ab intestato successuro deberunt ut et in similem idem permittitur in Authentica ex causa... (citando aquí su apoyo la opinión de SOCCINO). Sed his non obstantibus certe existimo, dicta iure (el de la Ley *Si ex fundo* y l. 4.ª, título III, 6.ª P.) praedicta lege Ord. nament, non esse abrogata. Tum quia, casus dicta l. Ord. nament, dissimilis est a praedictis iuribus: ex quo in ea de hac specie non agatur, nec lex illa concedit quem ex parte intestatum decedere posse: nisi quando nullus heres instituitur: seu institutus repudiat, eo modo quo explicuimos... Verum nec in eadem Regia lege disponitur haereditatem in re certa institutum nullo alio coherede relicto, a caeteris rebus haereditatis excludi: et ab id non est dicendum, regulam *texti*, in l. *nostrum ff. de reg. iur.* in hoc casu esse correctam nec leges ei consimiles ex iuribus nostrisimis quae excludunt leges correctionem».*

(47) *Comentarios* (Mantuae Carpetanae 1597) Glos. X, núms. 47 y 56 a la Ley 1.ª, tit. IV, lib. V de las *Leyes Recopiladas* (fols. 80, 80 vto. y 81).

tator ope leges cum velle praesumunt)... «praesumitur ergo voluisse cohaereditem sibi universalem dare eum, qui abintestato a lege vocantur ad haereditatem, quo haerede universali instituto, clarum est eum, qui est instituto in re certa loco legatarii haberi».

4.º En cambio, la mayoría de los autores clásicos limitaron el contenido de esa discutida ley de acuerdo con su expresión literal. Su letra sólo se refiere a la validez de las «mandas y otras cosas que en el testamento se contienen», cuando «el testador no haya hecho heredero alguno» o «si el testador instituyere heredero en el testamento y el heredero no quisiere heredar» (48).

Lo único que según su texto ocurría era que los testamentos, que cuando se diesen estas hipótesis según el Derecho común sólo podrían valer como codicilos, en caso de contener la cláusula codicilar, en cambio, por Derecho real eran válidos, como testamentos, sin requerir cláusula especial alguna. Es decir: a falta de institución, o por repudiación del instituido, eran herederos aquellos a quienes *ab intestato* les correspondía serlo, y estos herederos legítimos debían cumplir las mandas y demás cosas que en el testamento se ordenaban. Lo mismo que ocurría en Derecho romano, cuando el causante fallecía sin testamento, pero con codicilo, o con testamento inválido como tal, pero eficaz como codicilo gracias a contener la cláusula codicilar.

De esa inmensa mayoría, de los autores clásicos castellanos, gran parte ni siquiera plantearon expresamente esa cuestión de la posible abolición, por el Ordenamiento, de los principios de la universalidad y la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada. Dieron por supuesto indiscutible la vigencia de esas reglas fundamentales: Gregorio López (49), Covarrubias (50), Antonio Gómez (51), el jesuita Luis de Molina (52). Otros, en cambio, recogen la opinión contraria y la discuten expresamente,

(48) Como vimos en la primera parte de este trabajo (nota 176, §§ 7 y ss.), A. GÓMEZ (*Ad legem Tauri...* Lib. 24, n.º 1 vers. quinto, pág. 166) y LUIS DE MOLINA, el jesuita (op. y vol. cit., Disp. 154, n.º 11, pág. 583) amplían el ámbito de la ley que comentamos al caso de incapacidad del heredero instituido. Y ALFONSO DE ACEVEDO (*Comentaria iuris civilis in Hispaniae Regiae Constitutiones—Lugduni 1737—*tomo III, págs. 112 y 181, glosando la Ley 1.ª, tit. IV, gls. 152 y 153, y la Ley 8.ª, tit. VI, gl. 4.ª del lib. V de las *Leyes Recopiladas*) planteó la duda de su aplicación en el supuesto de invalidez de la institución por vicio de preferición: a efectos de que la institución del extraño se sostuviese en cuanto al quinto, sin duda como fideicomiso, de modo que tampoco contradiciera el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.

(49) Gl. 3. palabras «deve haver todos los bienes», de la Ley 14, T. III, Partida sexta, y gl. 4.ª, palabra «frutos» a la Ley 37, Tit. IX, de la misma Partida.

(50) *Opera omnia* (Antwerpiae 1516), T. I, «De testament.», cap. Raynuius XVI, § 1.º, «De haered. instit.», n.º 14, pág. 67.

(51) *Variae...* Lib. I, cap. III, n.º 8, pág. 115.

(52) Op. y vol. cit., Disp. CLV, págs. 587 y ss.

como Vázquez de Menchaca (53), el fiscal Luis de Molina (54), Acevedo (55), Ayllón Lainez (56), etc.

Febrero (57) mantuvo todavía en toda línea esa interpretación de la ley de que nos ocupamos, afirmando que, del testamento, «valdrán las mandas, mejoras y todo lo demás que contenga, siendo conformes a Derecho y *se estimará como codicilo o última voluntad*».

Pero en el siglo pasado se operó en este punto una curiosa transposición, iniciada a fines del anterior, por la cual la posición clásicamente ortodoxa pasó a ser heterodoxa y viceversa. En efecto, entre los anotadores y reformadores del Febrero, sólo Eugenio de Tapia (58) acepta y sigue la doctrina de su autor. En cambio, tanto el primero de sus anotadores, Joseph Marcos Gutiérrez (59), como posteriormente García Goyena, Aguirre, Montalbán y Vicente y Caravantes (60), afirman que la cuestionada ley

(53) *De successionum creatione progressu effectuq. et resolutione tractatus* (Salamanticae 1559), L. II, n.º 149, fol. 198 vto.

(54) *De primogeniorum Hispanorum origine ac natura* (Lugduni 1749) L. I, cap. XVII, n.º 22, «*quinta conclusio*», in fine, pág. 164.

(55) Op. y vol. cit., p. 115 en la gl. 163, in fine, a la Ley 1.ª, tit. IV, lib. V

(56) *Adiciones* al T. I, cap. X, n.º 10, vers. «An autem» pág. 59.

(57) Ver, v. gr., la edición *Febrero reformado y anotado o librería de Escribanos*, reformado, anotado y adicionado por JOSEPH MÁRCOS GUTIÉRREZ (Madrid 1805), P. I, T. I, cap. I, § 1.º, n.º 35, pág. 26.

(58) *Febrero notísimo* (Nueva edición, Valencia 1837), T. I, lib. II, tit. II, cap. II, n.º 1 (págs. 381 y ss.). A su juicio, por las Leyes de España, en todo caso valen y subsisten las mandas y demás disposiciones testamentarias, *sin otra diferencia que darse al testamento el nombre de codicilo o de última voluntad*. Ver también el cap. VIII, hoc. tit., nota al n.º 7 de la pág. 438.

(59) Op. y vol. cit. En la nota 1.ª de la citada pág. 26, comentando la transcrita afirmación de FEBRERO, dice: «En vista de lo que previene la Ley de la Recopilación citada, es una sutileza vana y ridícula que en el presente caso no vale el testamento como tal, sino como codicilo o última voluntad. El testamento sin institución de heredero es un verdadero y válido testamento, una vez que esta formalidad no la exige la Ley».

En la nota 1.ª de la pág. 29, dice: «El principio, *nadie puede morir en parte testado, y en parte intestado*, que ha abolido la Ley 1.ª, t. 4, lib. 5 de la Recopilación (se refiere a la nueva Recopilación), con disponer que valga el testamento en las mandas y demás que contenga, aunque no se haya nombrado heredero, y que herede quien a falta de testamento heredaria». (Como se ve, confunde el principio de la necesidad de la institución para la validez del testamento, con los de la universalidad y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.)

El propio JOSEPH MÁRCOS GUTIÉRREZ, en su *Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez* (Madrid, 1798), ya discrepó de la opinión clásica de GÓMEZ (ver pág. 65, nota 1).

(60) *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, reformada por FLORENCIO GARCÍA GOYENA y JOAQUÍN AGUIRRE, corregida y aumentada por JOAQUÍN AGUIRRE y JUAN MANUEL MONTALBÁN: 4.ª ed., reformada y aumentada por JOSÉ VICENTE y CARAVANTES (Madrid, 1852). En su tomo I, n.º 1.127, pág. 344, VICENTE CARAVANTES, refiriéndose a la nota de JOSEPH MÁRCOS GUTIÉRREZ, que acabamos de transcribir en segundo lugar en la nuestra anterior, dice: «Creemos, pues, sumamente acertada la nota del Sr. GUTIÉRREZ al Febrero y su adopción por los Sres. GOYENA, AGUIRRE y MONTALBÁN, al paso que es de extraño, como observa el Sr. ESCRICHE, art. *heredero extraño o voluntario*, que al cabo de trescientos años que lleva de existencia esta doctrina vengan autores, incluso el Fe-

del Ordenamiento de Alcalá, derogó totalmente el principio «nemo pro partetestatus et pro parte intestatus decedere potest», y, con él, la Ley 5 en el título VIII de la sexta Partida. Opinión compartida por Sala (61), Martí de Eixalá (62), Escriche (63), Benito Gutiérrez Fernández (64), Navarro Amandi (65), La Serena y Montalbán (66).

c) *Posición del Código civil.*

Ante esa nueva postura dominante (67), nó es de extrañar que el art. 627 del Proyecto de 1851 dispusiera: «Si el heredero

brero novísimo (y nosotros—es VICENTE Y CARAVANTES quien habla—añadimos el *Febrero novísimamente redactado* en 1845), adoptando la doctrina de las Leyes de Partidas». Comentario y crítica que denotan un lamentable olvido de la doctrina de los clásicos castellanos.

(61) *Ilustración del Derecho Real de España*, 2.ª ed., Madrid, 1820, T. I, página 153. «Entre las Leyes Romanas había una muy famosa que decía no poder morir uno parte testado y parte intestado... Pero la de d., célebre l. 1, tit. 18, libro 10 de la Nov. Rec..., convence que arruinó y corrigió este decantado axioma de los romanos. Podrá, pues, en España, después de esta Ley de la Recop. morir uno parte testado y parte intestado». Entendiendo corregidas las doctrinas clásicas de la institución en cosa cierta, hasta cierto tiempo y desde cierto tiempo.

(62) Adición a la gl. 64 de GREGORIO LÓPEZ al tit. III, Part. 6.ª, en *Las siete Partidas al Rey Alfonso X, con las variantes de más autores y con la glosa del licenciado Gregorio López*, traducción de dichas glosas con nuevas notas de MARTÍ DE EIXALÁ, SANPONS y BARBA, FERREZ y SUBIRANA (Barcelona, 1843), T. III, páginas 449 in fine y s.

(63) *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* (3.ª ed., Madrid, 1847), T. I, pág. 17: *Heredero extraño o voluntario*, VIII, y pág. 117: *Institución de heredero*, y T. II, pág. 85 y ss.: *Acrecencia o acrecimiento*.

(64) *Códigos o estudios fundamentales del Derecho civil español* (Madrid, 1863), T. III, pág. 224, donde parece algo indeciso al decir: «Deroga esta Ley (la 19 del Ordenamiento) el principio de la universalidad, mas como lo hace en términos tan vagos, no ha dejado de producir dificultades: en primer lugar se duda de si la derogación es general o se ha de entender limitada a los casos que expresa; es también un defecto haber confundido la universalidad con la incompatibilidad, suponiendo que puede haber testamento sin heredero, que puede la herencia ser consumida en legados, es decir, entre personas que teóricamente no son responsables a las obligaciones del difunto». Más decidido se muestra en las págs. 462 y ss., donde entiende derogado por la citada Ley I, t. XVIII, l. 10 Nov. Rec., el que denomina derecho de acrecer necesario, adoptado en la ley 14, tit. VI, Partida sexta, respecto al nombramiento de heredero en cosa señalada.

(65) *Curso histórico-crégético del Derecho romano* (4.ª ed., Madrid, 1869), T. I, pág. 431.

(66) *Código civil de España* (Madrid, 1860), T. I, págs. 473 y ss., art. 940: «Por consecuencia de lo expuesto en esta Ley—dice refiriéndose a la 1.ª tit. XIX del Ord. de Alcalá—, hoy se puede morir parte testado y parte intestado, o, lo que es lo mismo, la herencia de una persona puede deferirse en parte por la voluntad del hombre, y en otra parte por la disposición de la Ley, doctrina que de ningún modo admitieron las Leyes romanas». Ver también en la pág. 587 su comentario a su art. 1.128.

(67) Notemos que en nuestro siglo, sin conocer en este punto la doctrina de los clásicos castellanos, sino sólo la muy posterior opinión de TAPIA, un jurista catalán, el eximio MARTÍ MIRALLES, interpretó esta discutida ley que comentamos totalmente de acuerdo con la posición que entre aquellos autores castellanos se consideró como ortodoxa (op. cit., págs. 35 y ss.).

o herederos no han sido instituidos en la totalidad de los bienes, sino en una parte o cosa determinada, el remanente pasará a los herederos legítimos con arreglo a lo dispuesto en el título siguiente, a menos que haya otro u otros coherederos instituidos sin designación de parte» (68).

Del mismo tono es el art. 764 del Código civil vigente: «El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes... en este caso se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las Leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos».

Como dijimos en otra ocasión (69): «Ciertamente que en el régimen del Código civil, igual como sucedía en el Derecho romano, cuando es instituída heredera una sola persona sin determinación de cosa ni de cuota, se entiende que ésta ha sido llamada al todo. Así la Sentencia de 16 de abril de 1947 dice que el heredero se encuentra llamado en principio a la totalidad de la herencia. Igual sucede cuando se instituye indistintamente a varias personas, sin perjuicio de la recíproca comprensión que entre ellas suponga tal *concursum*».

«Pero cuando se instituye heredera a una sola persona, o, conjuntamente, a varias en una cuota o parte alícuota de la herencia sin disponer de las restantes, en Derecho romano preveía el título sobre la asignación y se entendía el heredero instituído en el todo, dada la incompatibilidad de la sucesión testada con la intestada. En cambio, en nuestro Código civil, al ser posible la existencia de heredero de ambas clases, resultan llamados conjuntamente, como copartícipes en el todo, el designado por el testador en una cuota y los designados por la Ley».

«Así, pues, en una misma delación podrán concurrir varios herederos nacidos de distinta designación o vocación a la misma masa. Vocación testamentaria la de unos y legal la de los otros.»

Ahora bien, no hay que confundir la universalidad del título de heredero con la universalidad del heredero escrito o testamentario. De no haber dispuesto el causante totalmente de la herencia, el Código civil excluye la universalidad del heredero escrito, pues acepta que éste debe suceder conjuntamente con aquellos que lo sean *abintestato*. Pero esto no roza la universalidad del heredero, de la que coparticipan conjuntamente el escrito y los *abintestato*. Conjuntamente, unos y otros, se subrogan en todas y en cada una de las relaciones jurídicas del causante, transmisibles por herencia.

(68) Ver la glosa de este artículo por GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852. T. II, pág. 78), que lo encuentra concordante con la repetidísima Ley del Ordenamiento de Alcalá y recopilada.

(69) *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, Rev. Derecho Privado, T. XXXII (abril, 1948), pág. 318.

C, *Consecuencias en la doctrina de la preterición originadas por la derogación de los principios de la necesidad de la institución y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.*

Al admitir la repetidísima Ley 1.^a del título XIX del Ordenamiento de Alcalá, que luego fué 1.^a del título IV, libro V de la Nueva Recopilación y también 1.^a del título XVIII, libro X de la Novísima, la validez de los testamentos que no contuviesen institución de heredero, se planteó si en estos supuestos, cuando hubiese sido omitido algún legitimario, debía declararse irrito el testamento por vicio de preterición o si, por el contrario, conservaba toda su validez, gracias a esa ley castellana.

Esta última opinión la defendieron Matienzo (70), Pichardo (71) y Ayllón (72), quien sintetiza la solución en estos términos: «In quo (praeterito filium) certa resolutio est, quod si pater nullo instituto haerede, suum faciat testamentum, illud valet, nec filius jus dicendi nullum habeat, cum ipse censeatur heres *ex d. lege* 1.^a (es decir, la cuestionada, 1.^a del tít. IV, libro V de la Nueva Recopilación, tomada del Ordenamiento de Alcalá).

El criterio de estos autores lo recoge Sala (73), señalando que «es la razón de la diferencia (entre la solución dada para el supuesto de preterición verificada en testamento que contenga institución de heredero y la correspondiente a la hipótesis de haber tenido lugar en testamento carente de institución) que en este último caso se entiende el hijo instituido con la obligación de pagar las mandas que dexó el testador, en quanto no mengüen su legítima, y en ello no recibe agravio, como lo recibiría en el primero, si en su lugar se nombrase heredero a un extraño».

Creemos que esta doctrina es aplicable en el régimen de nuestro Código civil, y ampliable, conforme al mismo, al supuesto, que innova, de preterición de un heredero forzoso en testamento en el cual el testador instituya a otra u otras personas, solamente en parte de los bienes, sin disponer del resto.

La razón que, a juicio nuestro, justifica esa afirmación, la encontramos en el § 2.º del art. 764:

«En estos casos—dice, refiriéndose a los supuestos de falta de institución de heredero, de institución en parte y de repudiación o incapacidad del instituido—, se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las Leyes, y el remanente pasará a los herederos legítimos.»

Por lo tanto, si el testador en sus llamamientos expresos no

(70) Op. cit. gl. 10, n.º 49, a la Ley 1, tít. IV, lib. V, fol. 81.

(71) Op. y vol. cit., L. II, Inst., tít XVIII, § Igitur quartam, n.º 26, página 337. Donde distingue «casu pater aliquem haeridem in suo testamento scripsit ad hunc enim casum illa nova lex non pertinent». Por el contrario «si nullum haeridem scribere velit (quod ei licet) quocumque titulo poterit filio legitimam relinquere».

(72) Op. cit. Add. ad. lib. II, cap. XI, n.º 2, § Dubitatur autem, pág. 66.

(73) Op. y vol. cit., pág. 171.

agota el haber hereditario, realiza implícitamente un llamamiento tácito a favor de los herederos legítimos. Siendo así, éstos no pueden entenderse preteridos.

Si los legados dispuestos excedieren de la parte disponible a favor de sus beneficiarios, nos hallaríamos ante el supuesto del artículo 817 C. c., pero no en el art. 814 (74). Así lo ha resuelto la Sentencia de 15 de enero de 1918, en un caso en que el testador legó cuanto poseía al hijo que esperaba tener, expresando que si falleciese o naciese muerto lo legaba en propiedad a su esposa. El Tribunal Supremo consideró que, por tratarse de un legado, debía declarar improcedente la petición del padre del testador contra la viuda de éste para que se declarase la nulidad de aquella disposición, por haber sido ordenada con preterición del demandante. Sólo concedió que la mitad de la herencia pasase al demandante como heredero forzoso, a quien perjudicaba en su legítima el legado que, por lo tanto, debía reducirse.

Y si fuesen las cuotas asignadas a los herederos testamentarios, sin agotar el «as», las que excedieran del expresado tope, creemos que estaríamos ante un caso que tampoco encajaría en el precepto del art. 814, sino en la norma del art. 815 (75).

D) *Naturaleza jurídica del heredero instituido en una cuota cuando el causante no dispuso en su testamento de toda la herencia.*

Como veremos en el epígrafe siguiente, en el régimen de nuestro Código civil, el instituido en cosa cierta es considerado como legatario. Tanto si el testador designó otro u otros herederos universales o de cuota, como si no dispuso del resto de sus bienes. Ahora nos interesa examinar la posición jurídica que, en nuestro régimen común vigente, corresponde al instituido en una determinada cuota hereditaria cuando el testador no hubiere dispuesto de todo su haber.

Recientemente nuestro buen amigo Francisco Ginot Llobateras, en un magnífico e interesante trabajo (76), ha sostenido que

(74) ¿Quid si en forma de legados fueren distribuidos todos los bienes? ¿El hijo en cuestión podrá apoyarse en el supuesto del art. 814 o en el art. 817? A nuestro juicio, el art. 891 inclina la aceptación de la primera solución. No obstante, lo contrario ha sido entendido por la citada Sentencia de 15 enero 1918.

(75) Más dudosa nos parecería la solución si el testador, al nombrar a sus hijos, olvidase a alguno de ellos, del que tampoco hiciese mérito en parte alguna de dicho testamento incompleto. Caso que guardaría ciertas analogías con el supuesto examinado por A. GÓMEZ (*Ad legem Tauri...* ley XXIV, n.º 3. vers. «sed his non obstantibus», ap. 2.º, p. 169), de preterición verificada *ignoranter*, ya que el detalle indicado parece dar pie para suponer en el testador esa ignorancia o, por lo menos, un total olvido.

(76) *La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, T. III, fasc. IV, ocupándose de la cuestión que aquél nos interesa en las págs. 1093 y 1097.

el heredero parcialmente instituido, así como el heredero legítimo que reciba el remanente no dispuesto en el testamento, no son sucesores universales, sino «adquirentes de bienes del testador».

Su tesis la sintetiza diciendo que el art. 764 C. c., «tanto por sus precedentes como por su contenido, es un precepto que descansa en el sistema germánico de la herencia». Y lo defiende con los siguientes argumentos:

a) *Históricamente*, cree que la ascendencia del precepto «es netamente germánica, pues es la concreción actual de lo dispuesto en la Ley única, título XIX del Ordenamiento de Alcalá» (77).

b) *Literalmente*, se fija en los términos del párrafo 2.º del artículo 764 C. c., que dice: «Se cumplirán las disposiciones testamentarias con arreglo a las Leyes, y el *remanente de los bienes* pasará a los herederos legítimos». De lo que deduce: «que los tres supuestos contemplados en el párrafo 1.º dan lugar a una *liquidación* de la herencia, en que primero habrá de pagarse a los acreedores del causante, después cumplirse las disposiciones testamentarias y, por último, si quedan bienes, entregar el sobrante a los herederos llamados *abintestato*. Es la solución a que ha de llegarse si se interpreta debidamente el concepto «*remanente*», ya que éste sólo puede ser el resultado de restar el pasivo del activo» (78).

Y, más adelante, analizando sucesivamente las figuras del heredero parcialmente instituido y del que *abintestato* lo sea en el remanente, razona: «Según la expresión del artículo comentado, el heredero lo es «*de los bienes*» o, más concretamente, en parte de los mismos. Luego no es sucesor universal, sino «*adquirente de bienes del testador*». Si es heredero en «*parte*», no puede serlo universal; si es heredero en los bienes, las deudas quedan excluidas de la sucesión y han de funcionar como afección recayente sobre los bienes hereditarios. En caso de institución en parte y entrada de los herederos *abintestato* por no comprender el testamento toda la posición jurídica del causante, éstos últimos serán también herederos en parte» (79).

De todo lo cual deduce como conclusión: 1) Que los herederos del art. 164, a diferencia del heredero de los arts. 660 y 661, no subentran en la total *posición jurídica* que tenía su causante tanto activa como pasiva; 2): Que, también a diferencia del heredero de los arts. 660 y 661, los del art. 764, «al no ser herederos universales, no se les puede aplicar el principio de responsabilidad ilimitada, por no suceder en las deudas. Como se ha dicho, éstas actúan como afección sobre los bienes hereditarios, y de aquí la precedencia de la liquidación» (80).

Reconociendo el rigor dogmático con que desenvuelve su tesis,

(77) Loc. cit. pág. 1093.

(78) Pág. 1094.

(79) Pág. 1095.

(80) Págs. 1095 y 1096.

no compartimos las conclusiones de Ginot, por la razón básica de que valoramos en forma distinta los datos, históricos y de contenido del artículo, en que se apoya su razonamiento. He aquí los extremos por los que rechazamos su bien hilvanada opinión:

a) *Históricamente*:

1.º) Creemos aventurada la afirmación de que la ascendencia del precepto sea netamente germánica por ser concreción de la famosa Ley del Ordenamiento de Alcalá a que continuamente aludimos. Nos parecería tan excesivamente simplista la afirmación de que es germánico todo el contenido del Ordenamiento de Alcalá, como si se asegurase que toda norma histórica de procedencia no romana es de ascendencia germánica. No olvidemos que otra ley famosa de este mismo Ordenamiento, la Ley única del título XVI, que sentó el principio espiritualista en la contratación totalmente reñido con el formalismo romano, no tenía ninguna raíz germánica, puesto que era de inspiración canónico-escolástica. Pues bien, la ley 1.ª del título XIX, que también significó una reacción contra el rigorismo romano (que para la validez de los testamentos exigía que contuviesen institución de heredero y que el instituido aceptase), lógicamente, hay que hacerle derivar de la misma tendencia a desformalizar el Derecho, dando eficacia a la voluntad de los disponentes por encima de las reglas puramente formulistas.

2.º) Además, como hemos visto, la opinión ortodoxa entre los clásicos castellanos, entiende la referida ley, de acuerdo con sus términos, en el sentido de que autorizaba la validez de los testamentos que no contuvieran institución de heredero o cuando éste no aceptase—y, según algunos, también cuando fuera incapaz—«en cuanto a las mandas y otras cosas que en él se contuvieren», siendo heredero «aquél que según Derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso de que el testador no hiciera testamento». A él, sin duda, se dirigía el mandato que a continuación añadía la Ley: «y cúmplase el testamento». Es decir, sucedía ni más ni menos lo mismo que, conforme al Derecho romano, hubiera ocurrido de contener el testamento la cláusula codicilar.

Y aun, entre los clásicos heterodoxos, vimos cómo Matienzo (81) entendía que los herederos *abintestato*, en el supuesto de esta ley «scripti censeatur et vocati», quedando encargados de cumplir el testamento.

3.º) Cuando el siglo pasado predominó la interpretación de la Ley recopilada, opuesta a la que habían seguido la mayoría de los clásicos, diósele el significado de derogar el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada, pero sin pretender—como antes expusimos—que el heredero de la parte de la herencia dispuesta en el testamento, ni el que lo fuere

(81) Op. y loc. cit.

abintestato en el remanente del caudal, tuvieran naturaleza diferente de los que testamentariamente hubiesen sido instituidos en distintas porciones de una herencia totalmente dispuesta por el causante.

Son los arts. 625 y 627 del Proyecto de 1851 los primeros textos que hablan al respecto de «*resto de bienes*» y de «*el remanente*».

El primero, ocupándose del supuesto de distribución en legados de parte de la herencia y falta de institución de heredero, concluye diciendo que: «*en el resto de los bienes de que no hubiere dispuesto el testador, se heredará con arreglo al título siguiente*». Glosando García Goyena las palabras que hemos subrayado, con la indicación de ser «conforme a la misma Ley recopilada» (82). Es decir, que si dicho art. 625 habla primero de cumplir las disposiciones del testamento y después de heredar en el remanente, no es con el fin de darle un sentido distinto al que tenía la exposición en orden inverso de la ley del Ordenamiento, «herede... y cúmplase el testamento». Sufrió, pues, el artículo 625 del Proyecto un defecto de expresión cuya tara vemos recogida en el vigente artículo 764 del Código civil. Falta de propiedad que ha dado pie a Ginot para confundirse viendo, en esa expresión incorrecta, un origen y una concepción germánica del precepto, de que éste carece.

El art. 627 del mismo Proyecto de 1851 atacó el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada, así como el 625 vulneró el de la necesidad de la institución de herederos para la validez del testamento. El 627 se refiere al supuesto en que «el heredero o herederos no han sido instituidos en la totalidad de los bienes, sino en una parte o cosa determinada». Un simple examen de sus términos claramente nos demuestra que las palabras *heredero* o *herederos* se emplean en su normal significado. El artículo determinado «*el*» demuestra que se habla de la figura prototípica, no de una variante, o adaptación especial, en cuyo caso el artículo indeterminado «*un*» hubiese resultado más adecuado.

Ahora bien, se refiere a «el heredero o herederos» en el supuesto de no haber sido instituidos «*en la totalidad de los bienes*». Del contexto enunciado resulta que contrapone en única alternativa, los instituidos «*en la totalidad de los bienes*», a los instituidos «*en una parte o cosa determinada*». Por tanto, podemos deducir que emplea la primera expresión como análoga a ser instituido «*en toda la herencia*», usando como equivalentes, con imprecisión técnica, pero con adecuación al uso común, los términos «*herencia*» y «*totalidad de los bienes*». Sobre esta base, el texto de dicho artículo concluye disponiendo que «el remanente (es decir, deducida la parte o cosa determinada en que se instituyó al heredero o herederos escritos) pasará a los herederos legítimos con arreglo a

(82) *Concordancias...* vol. cit. pág. 78.

lo dispuesto en el título siguiente, *a menos que haya otro u otros coherederos instituidos sin designación de partes*). Juicio, este último, con el que se asimilan el heredero instituido sin designación de parte y el que lo sea abintestato, cuando en uno y otro caso haya otro u otros herederos instituidos en una parte o cosa determinada, dando así a entender que los considera de igual naturaleza.

Todos estos detalles confirman que tanto el art. 627 como el 625 del Proyecto de 1851 recogieron la figura normal, clásica de heredero. García Goyena (83), que al comentar el art. 625 insistió en que en éste se rechaza la afirmación romana de que la institución de heredero era «*caput atque fundamentum totius testamenti*», al glosar el 627, hace resaltar que contradice la regla: «*earumque rerum naturaliter inter se pugna est testatus et intestatus*». Señalando que de ella exceptuó el Derecho romano a los testamentos militares, «como si lo que es natural no debiera obrar igualmente en todos». Observación que nos confirma que los redactores del Proyecto no pensaron en resucitar un tipo de heredero al estilo germánico, sino que tan sólo quisieron derogar aquel principio de la incompatibilidad de sucesiones. Permitiendo, en suma, que un heredero testamentario pueda serlo conjuntamente con otro u otros *abintestato*, como podría serlo, a la par, con otros instituidos por el testador. Tanto es así, que el propio García Goyena (84), glosando dicho artículo, cita un inciso de la Ley 17, título III, Partida 6.^a: «*e el otro, quier sea uno o más a quien non señaló parte, heredará todo lo que fincare de más junto*».

Es decir, que el precedente de la palabra *remanente* está precisamente en un texto romanizado, una Ley de Partidas, en los términos «*todo lo que fincare de más*».

b) Según el contenido del artículo :

Como hemos visto, Ginot basa su interpretación del contenido del art. 764 C. c. en dos expresiones: que «*ésta (por la institución) no comprenda la totalidad de los bienes*»; y «*el remanente de los bienes*».

Si nuestro Código civil fuese un cuerpo de Derecho rigurosamente técnico, es posible que estas expresiones debieran considerarse como decisivas para la interpretación de la norma. Pero no es así.

El propio Código en los arts. 667, 673, párrafo 1.º, y 952, aplica la expresión «*todos sus bienes*» en el sentido de «*su herencia*», y con igual significado utiliza los términos «*sus bienes*», en los ar-

(83) Págs. 77 y 78.

(84) Págs. 78 in fine y 79.

ticulos 668, párrafo 1.º, y 703, párrafo 2.º (85). Por lo tanto, en buena lógica, si con propiedad o impropiedad atribuye a estas dos designaciones un sentido equivalente, no ha de extrañar que, asimismo, hable de «*parte de los bienes*» en el sentido «*parte de la herencia*».

No olvidemos que ya la Ley 6.ª, título III, Partida 6.ª, hace equivalentes las expresiones «*sea mio heredero*» y «*sea señor de todas mis heredades*», o «*haya todas mis heredades*».

La afirmación de que «el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos», sólo puede tomarse como expresiva del resultado económico a que se llegará después de satisfechos los legados. Sus antecedentes, expuestos al examinar los arts. 625 y 627 del Proyecto de 1851, así lo demuestran.

No olvidemos, tampoco, que es frecuente en la práctica la misma incorrección que señalamos en el artículo 764. Usándose por su gráfica expresividad del resultado económico con que se quiere favorecer al instituido, pero sin querer modificar el significado jurídico del término heredero, diciendo el testador que «en el remanente de sus bienes instituye...» La Resolución de 23 de agosto de 1923, la califica de «corriente e incorrecta fórmula notarial» (sin perjuicio de añadir unas gratuitas suposiciones histórico-jurídicas que no brillan por su exactitud), y el mismo Ginot censura su utilización (86). Y otra Resolución de 19 de mayo de 1947 la interpreta dando carácter universal a la institución, en un supuesto en que el causante legó a su hermano una finca urbana, y en otra finca, así como en el remanente de sus bienes, instituyó herederos, por terceras e iguales partes, a las personas que designó. En consecuencia, la Dirección General exigió que la finca legada fuese entregada a su asignatario por los herederos instituidos en el remanente; ya que de aquella cláusula sencillamente dedujo «la coexistencia de una institución de heredero y de un legado de cosa específica que determinan a rigurosa observancia el art. 885 del Código civil».

(85) No olvidemos tampoco que a pesar de que para instituir heredero basta decir: «Designo heredero a N.», es frecuentemente usada, como cláusula de estilo, con estos o parecidos términos, la que expresa así: «En todos sus bienes muebles e inmuebles, derechos, créditos y acciones, presentes y futuros, instituye y nombra heredero universal y libre a Z.» ¿Cabrá decir que por el hecho de añadir el testamento que se instituye al heredero «en tales bienes», no se le nombra heredero en el sentido aceptado en los artículos 660 y 661 del Código civil, sino en su acepción germánica, por lo que le libra de su responsabilidad personal, ilimitada y solidaria, sin necesidad de que acepte a beneficio de inventario? He aquí un argumento *ab absurdum*, que nos parece de gran fuerza para demostrar la inaceptabilidad de la tesis que discutimos.

(86) Nota 145, cuyo trabajo citamos, pág. 1006, que concluye diciendo: «Ahora bien, en la práctica no es admisible, pues en Cataluña, país netamente romanista y sin artículo 764, es bastante corriente dicha fórmula, principalmente en testamentos notariales del primer tercio de este siglo y anteriores, y, además, el artículo 764 carece del debido desarrollo legislativo y doctrinal para dar valor a dicha fórmula».

Esto confirma lo que dijimos en otra ocasión respecto de las instituciones en el remanente, que creemos aplicable tanto en los supuestos de institución expresa como tácita en el caso del párrafo 2.º del art. 764 C. c. «Creemos—escribimos entonces (87)—que si concurre con otros herederos—legales o voluntarios—de cuota, el así instituido será heredero de la cuota que reste por distribuir del total as (sea aquélla o no divisor exacto de éste). Si concurre sólo con legatarios (o, lo que es lo mismo, en virtud del art. 768, con *heres ex re certa*), habrá que aplicar la doctrina romana del *heres excepta re certa* («Si ita quis heres institutos fuerit excepto fundo, excepto usufructo, heres esto perinde erit iure civilii atque si sine ea res heres institutus esset»), Ley 74 Dig., tít. «De hereditibus instituendis»), y, como tal heredero universal deberá ser él quien haga la entrega de sus asignaciones concretas a los legatarios e instituidos *ex re certa*, toda vez que es sabido que éstos deberán recibir las del heredero, conforme al artículo 885 del Código civil.»

Es cierto, como dice Ginot (88), que la existencia de los herederos *abintestato* a que alude el art. 764, «está supeditada a que haya *remanente*, de manera que si no hay remanente falta la base para la efectividad del llamamiento hereditario, lo cual posibilita la aplicación del art. 891». Así lo hemos reconocido anteriormente.

Pero una cosa es que cuando la herencia se distribuya en legados, sólo si queda remanente se entiendan llamados los herederos *abintestato* y otra diferente que, éstos, nada más sean herederos de dicho remanente. Si lo hay, serán en principio herederos universales, aunque económicamente sólo se lucren con el residuo líquido. Y como tales herederos universales, y no meramente en el remanente, serán quienes deban hacer entrega a los legatarios de sus respectivos legados (89) y responderán directamente ante los acreedores del causante. Así lo han entendido Manresa (90), Sánchez Román (91) y Valverde (92), diciendo en parecidos términos, que transcribimos del primero: «Si ocurriese que algún derecho no hubiere sido especialmente legado o que algún legado quedase sin efecto y debiera refundirse en la masa de la herencia, habría alguna porción vacante, algo de que el testador no dispu-

(87) «Imputación de legados...», loc. cit., pág. 618, nota 14.

(88) Pág. 1095 in fine.

(89) Como dice en uno de sus considerandos la citada Res. de 19 mayo de 1947 «no cabe desconocer la existencia de situaciones en que por falta de activo hereditario o escasa cuantía del mismo, los herederos carezcan de interés para aceptar la herencia y dificulten con su actitud pasiva la entrega de los legados establecidos, supuestos en los que sería de desear un procedimiento más flexible que impidiere mayores perjuicios; mas estas anomalías sólo podrán ser corregidas mediante una reforma legislativa».

(90) Op. y vol. citc. pág. 686.

(91) Op. y vol. citc. pág. 1343.

(92) *Tratado de Derecho civil español* (4.ª ed., Valladolid, 1939), tom. V, página 334.

so, y procedería respecto a esa porción la sucesión intestada, con arreglo al núm. 2.º del art. 912. Al haber heredero legítimo, éste representaría la personalidad del causante, con todas las consecuencias que el carácter heredero lleva consigo». A lo que Sánchez Román añade: «quedando obligado (ese heredero ab intestato) al pago de deudas ulteriores, que no se hubieran prorrateado entre los legatarios, sin limitación o con ella, si se hubiese aceptado dicha herencia a beneficio de inventario».

c) *Teleológicamente*, según el *sistema* de nuestro Código civil:

Bajo este ángulo el examen de la cuestión ha de partir de que es norma general, en nuestro Código civil, que por la aceptación «pura y simple, o sin beneficio de inventario», «quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino con los suyos propios» (art. 1.003 C. c.), responsabilidad que, si los herederos son varios, será solidaria (artículo 1.084). Y, en segundo lugar, de que la aceptación a beneficio de inventario debe hacerse en forma y plazos determinados (artículos 1.011 y 1.016) y, especialmente, se ha de formalizar, a su debido tiempo, previa citación de los acreedores y legatarios, el inventario de la herencia así aceptada (art. 1.017).

Es decir, que a los acreedores se les compensa la merma de garantía que para ellos supone la liberación del heredero de su normal responsabilidad ilimitada y solidaria, mediante el cumplimiento, impuesto a éste, de ciertas formalidades y a través de una administración separada, con especial procedimiento de liquidación y medidas de garantía, establecidos por el propio Código (artículos 1.025 y ss.).

Sin el cumplimiento de estos requisitos y garantías no cabe eliminar, en nuestro Derecho, esa responsabilidad ilimitada y solidaria del heredero. Así resulta de los arts. 1.018 y 1.024 C. c.

Se alegará que el testador puede burlar esta regla, distribuyendo la herencia en legados. Y que así, por aplicación del art. 891, los beneficiados sólo responderán a prorrata de sus asignaciones, y de modo limitado como legatarios que son (93). Pero, contestaremos que esta afirmación no es exacta. Si los legados son de cosa específica, o aun siendo de cosa genérica son de especie y cantidad determinada, dicha concreción fija de modo preciso la responsabilidad *cum viribus* de cada legatario, y surte los efectos de un inventario determinativo de la entidad del caudal. Y, si son de parte alícuota todos los legados en que se distribuye la herencia, sus beneficiarios sólo el nombre tendrán de legatarios. Pues, como

(93) Notemos que el art. 891 sólo dice que «se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa». No habla, pues, de limitar su responsabilidad. Pero sobre este extremo volveremos luego.

después intentaremos demostrar, estimamos que no cabe la existencia de legatarios de parte alícuota cuando, a la par, no exista heredero en la misma sucesión.

El testador no puede limitar los derechos de sus acreedores. Por eso, si bien podrá distribuir sus bienes, no le es posible asignar sus deudas con efectos externos, es decir, afectando al acreedor. Con igual motivo, tampoco puede disponer de su herencia favoreciendo a sus sucesores con una responsabilidad limitada que no vaya acompañada de las garantías que, como compensación, se ofrecen a los acreedores en caso de aceptación del heredero instituido a beneficio de inventario, o bien de las que supone la concreción de todos los bienes del caudal, con la consiguiente individualización de los mismos a través de legados o instituciones *ex certis rebus*. Lo que supone un verdadero inventario testamentariamente hecho, eficaz para evitar la total confusión de los bienes asignados en el patrimonio del beneficiario. A la vez que señala a los acreedores los bienes contra los que pueden dirigir sus respectivas acciones y sobre los cuales, y sus subrogados, les cabe solicitar las convenientes medidas de seguridad.

Resumiendo, en el art. 764 C. c., debemos distinguir, en principio, los siguientes supuestos:

1.º *Falta de institución de heredero y total distribución de la herencia en legados*: Los legatarios perciben directamente las mandas a su favor dispuestas (Res. 30 diciembre 1926) y responden limitadamente, pero en forma directa, a los acreedores del causante (art. 891 C. c.). Trátase de un caso excepcional de sucesión sin heredero, ni testamentario ni abintestato, sin precedentes en el Derecho de Castilla.

El hecho de que los legados absorban la totalidad de la herencia, debe probarse, según la Res. de 19 de mayo 1947. Si posteriormente apareciesen nuevos bienes, antes desconocidos, nos hallaremos ante el supuesto siguiente. Pero si los bienes legados ya hubieren sido ocupados por los legatarios e inscritos a su nombre en el Registro, deberá respetarse el hecho.

2.º *Falta de institución de herederos, y disposición de parte de la herencia por medio de legados o instituciones en cosa cierta*: Se aplica la solución del Ordenamiento de Alcalá, recogida de las Leyes recopiladas, y que es la que, según resulta de los precedentes legislativos del Código civil, se quiso adoptar al redactarlo. Es decir, serán herederos universales aquellos a quienes abintestato les corresponda, y éstos serán los encargados de cumplir el testamento, pagar las deudas del causante y entregar los legados y mandas dispuestos (Res. 19 mayo 1947). Hay que asimilar a este caso el supuesto de distribución total de la herencia en legados, sin institución de heredero, cuando alguno de los legatarios repudiare su manda, premuriere, no se cumpliera la condición a que se sometió su nombramiento o fuese incapaz de recibirla sin tener sus-

titutos señalados ni darse el supuesto legal para la actuación del acrecimiento.

3.º) *Institución de un heredero en parte de la herencia, o de varios en distintas cuotas sin agotar el «as»*: En la parte no dispuesta, heredarán los que fueren abintestato, como afirma el artículo 912, núm. 2.º Es el verdadero supuesto de excepción al principio «nemo pro parte testatus, et pro parte intestatus decedere potest». Había quedado fuera de la letra de la famosa Ley castellana, y, según opinión dominante entre los clásicos, igualmente fuera de su espíritu. En cambio, a fines del siglo XVIII o por lo menos en la primera mitad del siglo XIX, la mayor parte de la doctrina lo entendió totalmente comprendido en el espíritu de aquella Ley.

Excluido lo que nuestros autores llamaban derecho de acrecer forzoso, entra parcialmente en juego la sucesión abintestato si instituidos varios herederos, en cuotas distintas de la herencia, sin darse los requisitos del derecho de acrecer calificado de voluntario por nuestros clásicos—que es el único que recoge el Código civil—, uno de los llamados a una cuota repudia su parte, es incapaz, incumple la condición puesta a su institución o premueve al testador sin tener señalados sustitutos (art. 912, núms. 3 y 4 en rel. con el núm. 2.º, ap. 2.º del mismo artículo).

Si el heredero o herederos instituidos lo fueran en cosas ciertas nos hallaríamos fuera de este supuesto 3.º. Bien en el 1.º o bien en el 2.º, según que dichas instituciones agotasen o no el caudal hereditario. Pero sobre esto volveremos más adelante.

También veremos, en cambio, que deberán situarse en este tercer supuesto los casos de disposición de un legado universal, o del remanente, y de disposición de toda la herencia, o de la restante parte no individualizada, sea por otros legados o en instituciones de cosa cierta, siempre y cuando falte la institución de heredero. Ahora sólo adelantaremos que la base de esta opinión, que avanzamos, se encuentra en la disposición del artículo 668, párrafo 2.º

E) *Síntesis de la evolución de los principios enunciados a través del Derecho real y del Código civil.*

Nuestro estudio hasta aquí realizado, nos brinda de momento las siguientes conclusiones:

a) *El Ordenamiento de Alcalá*—en el año 1348—derogó el principio romano de la *necesidad de la institución* de heredero y de la aceptación por éste, para la efectividad del testamento. En cambio, según su letra y conforme la opinión dominante entre los juristas clásicos castellanos, no derogó el principio de la universalidad de la institución, ni de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.

b) *A fines del siglo XVIII y en los primeros tercios del XIX,*

vemos preponderar en la doctrina el criterio contrario de considerar igualmente derogados por aquella ley los principios de la *universalidad de la institución* (con lo cual suprimían lo que llamaban derecho de acrecer necesario, al quitar su fuerza expansiva al *nomen*, supeditándolo a la *assignatio*, en contra de lo que había sido criterio del Derecho romano) y el *de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada* (consintiendo que se llamase a un heredero designado en testamento para compartir su título con los llamados abintestato por la ley, coparticipando de la herencia conjuntamente con ellos).

c) *El Proyecto de 1851*, en sus artículos 525 y 627, aceptó esta doctrina.

d) *El Código civil*, en sus artículos 658, párrafo 3.º, 764, 891 y 912, núm. 2.º, siguiendo al Proyecto de 1882, *llega aún más allá admitiendo la posibilidad no ya de testamento sin heredero, sino incluso de herencia sin heredero* distribuída totalmente en legados. El único antecedente histórico castellano de esta innovación puede hallarse en la opinión dominante entre los comentaristas de la trascendental ley recopilada procedente del Ordenamiento de Alcalá, a que tanto hemos hecho mérito, de que dicha ley admitió que, de no aceptar la herencia heredero alguno, los legatarios podían dirigirse al Juez para reclamar el cumplimiento de las mandas y legados dispuestos en el testamento.

§ 2.º.—LA INSTITUCIÓN EN COSA CIERTA COMO MEDIO DE INDIVIDUALIZAR LA LEGÍTIMA EN BIENES PREDETERMINADOS.

A) *Evolución de la institución en cosa cierta, desde Aquilio Gato a Justiniano.*

El principio de la universalidad del título de heredero se puso a prueba en los casos de institución *excepta re certa* o *detracta re* y de institución *ex re certa*. Ambas expresiones suponían para los romanos una evidente paradoja. O sobraba en ellas la palabra heredero, que, por lo tanto, sería impropia usada, o, por el contrario, era improcedente la mención de la *res* asignada o exceptuada.

La cuestión era especialmente grave en la institución *excepta re certa* si el testador no había legado expresamente la cosa exceptuada (94), y en la institución *ex re certa*, si no se había dis-

(94) Si ésta fué expresamente legada, resultaría clara la verdadera voluntad del testador. Su defecto sólo radicaría, como también hoy es frecuente, en haber sido expresado de modo vulgar, atendiendo solamente al resultado económico perseguido. Se quiso que el heredero obtuviese todos los bienes de la herencia, excepto el objeto expresamente legado a otra persona, y así se expresó, sin atender a su incorrección técnica, ni indicar el camino que jurídicamente debía recorrerse para llegar a dicho resultado: primero, la atribución al heredero de todo el *ius* del causante; luego el cumplimiento por el aceptante de la voluntad del *decius*, entregando al legatario la cosa legada.

puesto del resto de la herencia. Ya que, como vimos, los romanos consideraron absurdo llamar a los herederos abintestato habiendo herederos nombrados en el testamento.

La solución del primer problema—*detracta re*—, que según juzga Bonfante (95) fué «más que oportuna, inevitable», se debe, al decir del mismo autor, «a un célebre jurisconsulto de la época de Cicerón, Gallo Aquilio, el más fecundo creador de remedios y expedientes». En ella se hizo prevalecer el *nomen* sobre la *asignatio*, prescindiéndose de la exclusión o detracción expresadas en el testamento (96).

Este mismo criterio de Aquilius Gallus fué aplicado, más audazmente, a la institución en cosa cierta (97).

Tal vez fué Sabino (98) quien primero llegó a esta solución. Lo cierto es que Ulpiano en el libro primero de sus Comentarios al propio Sabino, en un famoso fragmento recogido en el Digesto, la sintetizó en estos términos: «Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione.» Doctrina que recoge otro texto de Papiniano, igualmente recopilado (99).

Este criterio de prescindir de la *mentio rei* se aplicó en el Derecho clásico en todos los supuestos de institución *ex re certa* (100). Tanto si en dicha forma se designaba a un solo heredero, o a varios, o si el testador señalaba partes sobre la misma cosa cierta

(95) *Instituciones de Derecho romano*, traducción de la 8.^a ed. italiana por BACCI y LARROCA, revisada por CAMPUZANO, Madrid, 1929, pág. 525.

(96) LICINIO RUFINO así lo expuso en un fragmento que pasó a ser la Ley 74 del Digesto XXVIII-V: «Si ita quis heres institutus fuerit: *exceptio fundo exceptio usufructu heres esto*, perinde erit iure civili, atque si sine ea re heres institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum est».

(97) El «favor testamenti» aconsejaba resolver benignamente la hipótesis. Así lo prueba un inciso del texto de PAULO (*Dig.* XXVIII-II, 19), que ocupándose de un supuesto de desheredación *in caetera parte*, que consideró inválida, concluía: «nec fundi exheres esse iussus recte exheredatur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne, accipereetur. exheredationes autem non essent adiuvandae».

(98) BONFANTE: *Op. cit.*, pág. 596, nota 3, afirma que, a su juicio, «hasta ahora se ha atribuido, sin razón, a este célebre jurisconsulto una influencia fundamental en la teoría de la *institutio ex re certa*». En cambio, BIONDI (*Sucesiones testamentaria*; DONAZINI, T. X del *Tratato di diritto romano*, dirigido por ALBERTARIO, Milano, 1943, n.º 90, págs. 228 y s.), siguiendo a MANCALEONI, DERNBURG y SUMAN, la estima propuesta por el mismo SABINO, aunque seguida, incluso, por su rival PRÓCULO. El propio BIONDI (n.º 90, página 228) coloca esa doctrina de la institución *ex re certa* en el mismo plano de la famosa regla sabiniana sobre las condiciones imposibles en los testamentos y del principio por el cual el plazo añadido a la institución de heredero se tiene por no escrito. Supuestos todos ellos de aplicación de la doctrina del *favor testamenti*.

(99) *Lex* «Si ex fundo» *Dig.* XXVIII-V, 1, § 4.º

(100) *Dig.* XXVIII-VI, 41, § 8.º, inciso final «qui certae rei heres instituitur coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinent». Ver también: *Dig.* XLIX-XVII, 19, § 2.º (TRIFONENO), «castrensium peculii heres scriptus ignovans se locupletatum per servos alio loco agentes». Así como el texto de MARCIANO, *Dig.* XXVI-I, 29, de que luego nos ocuparemos.

o sobre diversas *res certae*, como si junto a los así designados se instituía a otro u otros "*sine parte*" o "*ex certa parte*" (101). Los herederos *ex re certa*, deducida esa mención de la cosa, se enendían instituidos herederos "*sine parte*" y se les aplicaba la misma doctrina que a éstos (102); pudiendo, incluso, adjudicarse en la partición a cualquiera de aquellos la cosa cierta asignada a otro por el testador (103).

El rigor de esta solución vulneraba, evidentemente, la voluntad del causante. Salvaba la eficacia de la institución y con ella la del testamento, si no habían sido instituidos *ex asse* otros herederos, pero incumplía las atribuciones y asignaciones concretamente expresadas en el mismo. Por eso la jurisprudencia clásica primero y las constituciones imperiales luego trataron de suavizar esa rigidez, adaptándola en lo posible a la voluntad del testador. En este camino emprendido podemos señalar los siguientes hitos:

a) Mediante un fideicomiso podía obligarse al heredero *ex re certa* a restituir fideicomisariamente el resto de la herencia a los herederos legítimos, o a los propios herederos instituidos *ex asse* en el mismo testamento, o a los escritos en un testamento anterior, reteniendo solamente para sí la *re certa* expresada (104). A partir de la época de los Severos, ese fideicomiso podía inferirse en los casos de otorgamiento de un segundo testamento en el que sólo se

(101) Son al efecto explícitos los siguientes textos:

ULPIANO, fr. 9, § 13, *Dig. XXVIII-V*: «Si hubieran sido instituidos dos herederos, uno, en la tercera parte del fundo Corneliano, otro, de las dos terceras partes del mismo fundo, CELSO sigue la muy clara opinión de SABINO, que, prescindiendo de la mención del fundo, sean los herederos dueños de la herencia, como si hubieran sido instituidos sin designación de parte, si evidentemente no se opone la voluntad del padre de familia.

PAULO, fr. 10, eod. tit.: «Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes, instituerit, perinde habebitur, quasi non adiectis partibus heredes scripti essent, nec enim facile sed divesitate partium portiones inveniuntur; ergo expeditius est, quod Sabinus scribit, perinde habendum, ac si nec fundum, nec partes nominasset».

JAVOLENO, fr. 11, eod.: «Attius fundo Corneliani heres esto mihi, duo Titii illius insulae heredes suntos; habebunt duo Titii semissen, Attius semissen; idque Proculo placet, quid tibi videtur? Respondit, vera est Proculi opinio». Es decir, los dos Ticios tendrán la mitad de la herencia y Actio la otra, prescindiéndose de la mención de la casa y del fundo.

(102) Expuesta por ULPIANO (Coment. a Sabino, L. VII), *Dig. XXVIII-V*, 17 pr., determinando que en concurrencia con el heredero al que se le asigne parte, aquél otro a quien no se le señaló, tendrá «quod assi deest», conforme la opinión de Sabino y Labeón.

Si fuesen varios los herederos, y todos ellos sin designación de partes, conforme a la Instituta (II-XIV, § 6), «nullo partibus nominatis, ex aequis partibus eos heredes esse». En igual sentido *Dig. XXVIII-V*, 9, § 12.

Según el fr. 17, § 4.º (ULPIANO, L. VII ad Sabinum), «si unus sine parte, duo conunctim sine parte instituantur, non tres trientes fieri, Celsus libro sextodecimo scripsit, sed duos semisses». Doctrina que, siguiendo a Próculo, acepta Celso en el frag. 59, § 2, h. t.

(103) Ver BONFANTE, loc. cit.; JÖRS-KUNKEL, op. cit., § 204, 3, pág. 456; BIONDI, op. y vol. cit., núm. 93, pág. 232.

(104) Ver BONFANTE, loc. cit., págs 595 y s.; BIONDI, op. cit. núm. 92, página 231.

instituyeran herederos en cosas ciertas y se ordenase la validez del primer testamento (105).

Papiniano adoptó semejante solución en supuesto de contener el testamento una cláusula que ordenaba al heredero que se contentase con una cantidad dada. Resolviendo que era válida como fideicomiso a favor de los coherederos, de haberlos insituído, o de los herederos legítimos, en caso contrario (106).

Marciano, concretamente, se ocupó del otorgamiento de un segundo testamento limitado a las instituciones *ex re certa* (107). Recogió su doctrina la Instituta, con alguna variación (108).

b) En el testamento militar se impuso totalmente la voluntad del testador sobre cualquier fórmula o denominación en uso. Por

(105) Ver SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano*, traducción castellana de la 17.^a edición alemana, por W. ROCES (Madrid, 1928), pág. 539 y § 101, II, pág. 580, nota 1.

(106) *Dig.* XXXI-único, 69, pr. He aquí las cláusulas examinadas por el príncipe de los juristas clásicos en el l. XIX de sus *Quaestionum*: «peto pro parte tua contentus sis, Luci Titii, centum aureis» y «peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus sis centum aureis». Entendía más fácil en estos dos casos aprobar tales soluciones que resultan en semejante sentido en el Rescripto: «Peto Luci Titii, contentus sis centum aureis», ya que él, «fideicommissum petatur ab his, cum quibus testator non est locutus».

(107) *Dig.* XXXVI-I, 29: «Si alguno habiendo hecho un primer testamento hubiere hecho otro testamento posterior, aunque en el testamento posterior haya instituido herederos de cosas ciertas, quedó, sin embargo, revocado el testamento anterior, según respondieron por Rescripto también los Divinos Severo y Antonino, las palabras de cuya Constitución he mencionado porque además expresaron otras cosas en la Constitución: «Los Emperadores Severo y Antonino a Coceyo Campano. El testamento hecho en segundo lugar, aunque en él se hay instituido heredero en cosas ciertas, es válido en Derecho lo mismo que si no se hubiese hecho mención de las cosas; pero no se debe dudar que el heredero instituido está obligado, contentándose con las cosas que se le dieron, o completándose la cuarta en virtud de la Ley Falcidia, a restituirles la herencia a los que habían sido instituidos en el primer testamento, por razón de las palabras fideicomisarias inciertas, con que se expresó que fuese válido el primer testamento». Y esto se ha de entender así, si expresamente no se hubiere escrito alguna cosa contraria en el segundo testamento».

(108) Instituta, II-XVII, § 3.º GÓMEZ DE LA SERNA (*Curso...*, cit. T. I, página 460) comenta así las palabras «Quibus, ut valeret prius testamentum»: El hecho de decir el testador en el segundo testamento que el primero fuera válido, manifestaba claramente su voluntad de que los dos fuesen subsistentes. Esto repugnaba a los principios de Derecho romano; que no permitían que uno tuviese a la vez dos testamentos, siendo preciso, por tanto, que el primero quedase anulado por el segundo cuando era perfecto, según se ha expuesto en el párrafo que antecede. Mas los romanos venían a admitir por un medio indirecto, puesto que era lícito dejar fideicomisos, esto es, rogar al heredero instituido que restituyera la herencia, lo cual podía hacer el testador o con palabras que expresamente lo declararan, o con otras indirectas que implícitamente lo declarasen (como, v. gr., en el caso del § 1.º de la Ley de 29, *Dig.* XXXVI-I, en la que Paulo hacía equivalente la cláusula «Te rogo Luci Titii, hereditatem meam cum Attio partiaris» a decirle a Ticio «rogo hereditatem illam restituas»), se suponía en este caso que la voluntad del testador era nombrar heredero en el segundo testamento, y por fideicomisario al que lo era en el primero.

eso, en su régimen no existió incompatibilidad entre las sucesiones testada e intestada y se aceptó como indiscutible que «si certarum rerum heredes instituerit miles... valevit institutio» (109), y que «quantum ad residuum patrimonium intestatus decesisset; miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus» (110).

c) Por Papiniano, o tal vez antes de él (111), se encontró otro expediente para conservar en parte la voluntad del testador que hubiere dispuesto por medio de instituciones *ex re certa*. Los instituidos en esta forma seguían siendo considerados como heres *sine parte*, pero al ejercitarse la división el *arbiter familiæ erciscundæ* debía respetar las disposiciones del testamento, adjudicando los cuerpos hereditarios de modo que los instituidos *ex re certa* recibieran la cosa que el causante les había asignado (112).

Ulpiano (113) fué de la misma opinión: «Dicebam, receptum esse, rerum heredem institui posse, nec esse inutilem institutionem, sed ita, ut officio iudicis familiæ erciscundæ cognoscentis contineretur, nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex que heres scriptus est, consequi.»

No obstante, las deudas y los créditos eran sustraídos a la división arbitral, ya que se entendían divididos *ipso iure* entre los herederos en proporción a sus cuotas y no al valor de las cosas adjudicadas. Así dictaminó Ulpiano (114): «Se que te preguntó en que se debiera reconocer la carga de las deudas, y refiere Papiniano, cuya opinión yo también aprobé, que ellos debían reconocer las deudas en proporción a las porciones de la herencia, esto es, por mitad (observemos que un fundo constituía tres cuartas partes del haber y el otro la restante cuarta parte); porque los fundos se han de recibir por vía de previa adquisición (fundos etenim vice præceptionis accipiendos).»

Cosa distinta ocurría si las cosas ciertas eran universalidades con activo y pasivo independiente («rerum provincialium et rerum italicarum», «bonorum maternorum et paternorum»). Entonces, deudas y créditos se atribuían, según su respectiva procedencia, al instituido en la correspondiente masa de bienes asignada, exi-

(109) *Dig.* XXXIX-I, 17 (Gayo L. XV. ad Edict. provinc.).

(110) *Dig.* XXIX-I, 6 (ULPIANO, L. V. ad Sabinum).

(111) BRONDI (op. cit. núm. 93, pág. 233) dice que no parece que en este punto hubiese introducido Papiniano ninguna novedad. En cambio, BONFANTE (op. cit., pág. 596) se inclina a atribuirle la paternidad de esta solución.

(112) Ver Ley 78 pr. (PAPINIANO, L. VI. Responsarum) *Dig.* XXVIII-V fragmento sobre el cual luego volveremos.

(113) *Dig.* XXVIII-V, 35 pr. (tomado del L. IV Disputationum), donde pone el siguiente ejemplo: «supón. que dos fueron instituidos herederos, uno en el fundo Corneliano, y otro en el fundo Livoniano, y que uno de los fundos constituía ciertamente los tres cuartos de los bienes, y el otro, el otro cuarto; serán ciertamente herederos por partes iguales, cual si hubieren sido instituidos sin porción, pero serán obligados por ministerio del Juez, a que se le adjudique o se le atribuya a cada uno de ellos el fundo que se le dejó».

(114) *Text. ult. cit.*, § 1.º

giéndose las correspondientes cauciones a cada uno de los instituidos (115).

d) Un nuevo avance se produjo gracias a un rescripto de Gordiano no recogido en el *Corpus Iuris* (116). Respetando los principios romanos, y utilizando los expedientes hasta aquí expuestos, en caso de instituirse unos herederos *ex re certa* y otros *ex asse*, concurrentes en la misma herencia, debían considerarse a los primeros como instituidos *sine parte*, pero en la división debían asignarse las *res certa* y, eventualmente, el residuo del *as*, hasta el complemento de su cuota, o del *dupondio* en caso de haberse agotado el *as* con las instituciones regulares. Dicho rescripto modificó este criterio, disponiendo que, de darse la expresada concurrencia, el *officium iudicis* en la división debía convenir, «*ut non plus emolumentum consequatur, quam esse habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset*». Así se llegó a admitir, para el indicado supuesto, que el *heres ex re certa* no recibiera más *corpora* que la *res* asignada, dejando de entenderse instituido *sine parte* a efectos de percibir la diferencia entre aquélla y ésta. La mención de la *res* se consideró no puesta al efecto de salvar la institución, pero conservó su eficacia positiva en cuanto determinaba el objeto de la adquisición. Incluso el acrecimiento de las onzas del *as*, no dispuestas por el testador, solamente actuó a favor de los instituidos *ex asse* (117).

En cambio, la responsabilidad por deudas siguió afectando al *heres ex re certa*, en concurrencia con *heres ex asse*, como si el

(115) En el proemio del citado ff. 78. Papiniano resolvió: «Uno que no era militar instituyó a un liberto heredero de los bienes maternos, que poseía en la Pannonia, y a Ticio, de los paternos que tenía en Siria; se determinó en Derecho, que ambos tenían cada uno la mitad de la herencia, pero que el árbitro de la partición de la herencia se atuviera, quedando salva la Falcidia, a la última voluntad, hechas las adjudicaciones e interpuestas las cauciones por razón de las acciones, a saber para que aquello a que se obligasen mutuamente se compensase por razón de dolo reteniéndose la cuarta parte del *as*».

La distinta solución atribuida por ULPIANO a PAPINIANO, en el § 1.º del cit. frag. 35 (D. XXVIII-V), y la sostenida por este mismo jurista en el acabado de transcribir, se ha explicado por BONFANTE (loc. cit., pág. 507 y nota 1 de dicho fragmento), a quien sigue BIONDI (pág. 234), haciéndola obedecer a seguirse un criterio distinto según las cosas ciertas fueran cosas singulares o masas patrimoniales distintas. Justificándose la diferencia por la especialidad de este segundo supuesto.

En cambio, MANCALEONI («Appunti sull' istituto ex re», en *Studi Sassaresi*, II, 1002, págs. 60 y ss.), pensó que el criterio de Papiniano, aplicable tanto en supuesto de referirse la institución a cosas singulares como a haciendas separadas, fué el señalado por ULPIANO (§ 1.º del frag. 35, ant. cit.) y que el transcritos frag. 78 fue interpolado por los compiladores a fin de dejarlo de acuerdo con las innovaciones justinianas, así como los incisos del § 1.º del fragmento 38 comprendidos entre las palabras «*quare*» e «*interponendas*», así como el inciso «*Quae erit*», último del § 2.º del mismo fragmento.

(116) En cambio fué transmitido por el *Codex Gregorianus*, tit. «*Fam. erc. et comm. div.*» 3. 4 (3. 8 y 3. 6 según las ediciones) a través de la *Lex Romana Visigothorum*.

(117) Ver BIONDI (op. cit. núm. 94, pág. 438).

primero hubiere sido instituido *sine parte*. Así parece deducirse de la ley 1.ª, Codex IV-II, que recoge otra constitución de los Emperadores Severo y Antonino (118).

Biondo Biondi (119) explica esa evolución de la institutio *ex re certa*, expuesta en las anteriores líneas, a base de considerar que en el Derecho clásico se adquiría la *res* como *praeceptio*. La adquisición *vice praeceptionis* tenía lugar a título hereditario, por *adjudicatio*, sin entrar en la división. Venía a significar una pre-*via* detracción que el coheredero estaba autorizado a realizar de la masa hereditaria en el mismo acto de la división. Podía ser dispuesta *ultra parte*, de modo que el coheredero obtuviese la cosa asignada además de lo que le tocase en la división, o bien dentro de los límites de su cuota, imputándola a ella (120). La consideración como *praeceptio* de la adquisición *certa rei* fué, a juicio suyo, el punto de partida de la sucesiva evolución de esa forma de institución.

e) La constitución de Justiniano, dada en Constantinopla a 8 de los Idus de Abril del año 529, recogida en el Codex (VI-XXIV, 13), significó el último paso de esa evolución en el supuesto de que los así instituidos concurriesen con otros llamados *ex asse*: «Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt. quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referentur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerit, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.»

Así las acciones hereditarias pasaron a corresponder exclusivamente a favor y en contra de los herederos instituidos regularmente (*ex certa parte vel sine parte*); sin que los llamados *ex re*

(118) Ese texto, refiriéndose al pago de las deudas por dos herederos que a la vez eran prelegatarios, resolvió que debían pagarse con arreglo a las porciones de la herencia en que aquéllos se entendiesen instituidos y no según la cuantía de la cosa prelegada. Resumiendo: «*quum sit explorate iuris, hereditaria onera ad scriptos heres pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumenti pertinerent.*»

Sobre este punto de apoyo argumenta MANCALEONI (loc. cit., págs. 101 y ss.), a quien sigue BONFANTE (loc. cit., pág. 508), que se refiere solo a los *corpora*, la afirmación *et non plus emolumentum consequatur* de la c. 1. C. Greg. 8, 1.

En cambio BIONDI (núm. 95, pág. 240) cree que con esta expresión deben entenderse igualmente excluidos los derechos de crédito, puesto que la adquisición se limita a la *certa res*. Sobre esta base, en orden a los débitos (no obstante, reconocer que nada dice este texto, ni las demás fuentes, no se atreve a hacerse fuerte en estas consideraciones) entiende que si para el cobro de los créditos no se tiene en cuenta su cualidad de heredero, no parece lógico que para las deudas se deduzcan las extremas consecuencias de esa cualidad.

Por otra parte la c. 1 Codex, IV-II, no le parece decisiva, por referirse a hipotecas de cosas prelegadas a favor de herederos regularmente instituidos.

(119) Op. cit., núm. 94, págs. 230 y ss.

(120) BIONDI, op. cit.: núm. 87, págs. 220 y ss.

certa, en concurrencia con aquéllos, debiesen participar en porción alguna de los créditos ni de las deudas de la herencia.

El breve paso que mediaba entre la *praeceptio* y el *legatum per praeceptionem* se superó casi totalmente en la transcrita constitución.

B) *La institución «ex re certa» en el Derecho justinianeo.*

Para examinar la situación en que quedaron los instituidos con esta modalidad después de las reformas de Justiniano es necesario distinguir las siguientes hipótesis:

a) Primer supuesto: *Hay un solo heredero escrito al que se le ha instituido en cosa cierta.*

Siguióse al pie de la letra la doctrina clásica recogida de la ley *Si ex fundo* y concordantes, antes citadas. El *heres ex re certa* era en este supuesto heredero universal, entendiéndose no puesta la mención de la cosa. La eficacia de las cláusulas de *contentamiento* y de *no acrecimiento* según los autores de Derecho común, la examinaremos brevemente al ocuparnos de la evolución de esa figura en el Derecho histórico de Castilla (121).

b) Segundo supuesto: *Concurren en la sucesión uno o varios instituidos en cosa cierta con uno o varios instituidos en el todo o por cuotas.*

La transcrita constitución de Justiniano, conocida en el Derecho común por ley *Quoties certi quidem*, afirmó que en este supuesto los instituidos *ex re certa*, «*legatarium loco haberi*»; y, consecuentemente, que sólo los instituidos *ex certa parte vel sine parte* podían utilizar las acciones hereditarias y ser demandados con ellas, sin que los instituidos *ex certa re* debieran sufrir menoscabo alguno por dichas acciones.

No obstante, podía darse el caso de que todos los instituidos *ex asse* repudiasen la herencia o faltaran antes de la adición, careciendo de sustituto y sin entrar en juego el derecho de transmisión, y, entonces, pendiente la validez del testamento de la consideración como heredero del instituido en cosa cierta, volvía a originarse un conflicto idéntico al que motivó la doctrina consagrada en la ley *Si ex fundo*. El instituido *ex re certa*, se convertía en heredero al no adir la herencia los regularmente designados (122).

(121) Ver este mismo §, letras C. d), notas 154 a 163.

(122) Ver GODOFREDO (*Corpus Iuris Romani... cum notis integris Dionysii Gotofredi*, Coloniae Munatinae, 1731, T. II, pág. 267, núm. 4), MAYNZ (*Curso de Derecho romano*, traducción española por POU Y ORDINAS, Barcelona, 1868, T. III, § 388, núm. 3, pág. 367); BONFANTE (op. cit., pág. 590), SOHM (op. cit., § 98, I, pág. 540, n.º 1, pág. anterior), GIRAD (*Manuel élémentaire de Droit romain*, 8.ª ed., París, 1929, L. III-IV, Tit. I, cap. I, sec. III, § 2, II, pág. 879, nota 1), MARTÍ MIRALLES (loc. cit., págs. 55 y ss.), ARIAS RAMOS (op. y loc. cit.) BIONDI (op. cit., núm. 01, pág. 239).

Esto explica que no hayan faltado autores, antiguos y modernos, que afirmasen que el instituido *ex re certa* tenía naturaleza híbrida entre heredero y legatario.

Así lo entendió la glosa de Bartolo a la ley Quoties: «Quod heres institutus ex re certa, non est heres universalis, nec est legatarius: sed una tertia species per se, quae vocatur *heres ex re certa*, quae partim capit de natura instituti universaliter, et partim de natura legatarii» (123).

La misma opinión sostuvo Muhlebruch (124) en el siglo pasado. Defendiendo que dicha naturaleza obra desde el principio, sin que, no obstante, el instituido *ex re certa* pueda pretender más que la cosa a él asignada, mientras concurren con él otros herederos instituidos en cuota o en el todo.

Pero lo cierto es, como con toda justeza ha observado Martí Miralles (125), que los *heres ex re certa* no tenían naturaleza propia, sino que, según los casos, se les asignaba uno u otro carácter. Por eso, en lugar de decir, con Bartolo, que participan de una u otra naturaleza, debe reconocerse que pueden ser sucesores de una u otra clase, pero sin que jamás participen simultáneamente de ambas, ni asuman una propia y diferente de las dos y existente *per se*. O son herederos o son legatarios, pero jamás a la vez ambas cosas amalgamadas, ni un *tertius genus* intermedio entre ellas.

Realmente, en el supuesto de instituir el causante *heres ex re certa* en concurrencia con *heres ex asse*, se produce un período de indecisión, una vez operada la *delación* y antes de la *adquisición* de la herencia, acerca de la naturaleza del instituido en cosa cierta. De la aceptación por el heredero regularmente instituido dependía que aquél quedase como mero legatario, así como su falta de adición le abría las puertas a la plena consecución del título de heredero con todas sus consecuencias. Adquirida la herencia por el *heres ex asse*, el instituido en cosa cierta no era más que un legatario. En cambio, aceptada por éste, al no adir aquél, el *heres ex re certa* era heredero, «*detracta rei mentione*». Entre la *delatio* y la *adquisitio*, había incertidumbre, pero no mixtura. Después, una cosa u otra. Blanco o negro, nunca gris.

De ser legatario lo era con las naturales consecuencias. Así:

(123) Citado por MARTÍ MIRALLES (op. cit., pág. 61). DIONISIO GONOFREDO en su glosa primera a esta ley (vol. cit., pág. 267, núm. 4) pregunta qué naturaleza jurídica corresponda a los instituidos *ex re certa* cuando sus coherederos regularmente designados aceptan la herencia. Respondiendo: «Quidam volunt heredis loco haberi, quod propria auctoritate possit rem apprehendere: legatarius non possit, sed accipiat ab herede. Menochius, in tract. de adip. hered. Remedio 4. núm. 124. Alii, partim heredis, partim legatarii. Baldo, ad l. 35 ff. h. t. Alii putant, quod ad rem ipsam attinent, haberi pro legatario: ideoque Falcidiam pati, neque el remedio competere L. ult. in fr. de edict. Dic. Hadriani. Volunt etiam eum non teneri creditoribus hereditariis, nisi testator cum heredibus acquaverit».

(124) En su continuación de Glück, T. XL, págs. 170 y ss., citado por MAXZ (pág. 307, nota 10).

(125) Págs. 62 y ss.

1.^o) Las acciones hereditarias competían exclusivamente a favor y contra los *heres ex asse*, el instituido con ellos *ex re certa* estaba excluido de ejercitarlas y de sufrirlas. No tenía responsabilidad directa por razón de las deudas del causante (126).

2.^o) Si la *res certa*, superaba al activo hereditario, se aplicaba el principio «legata non sunt nisi deducto aere alieno», del que los compiladores, interpolando el fragmento 35, párrafo 1.^o Dig. h. t., sacaron la siguiente consecuencia: «quare si forte tantum sit res alienum, ut nihil detracto eo super esse posit, consequenter dicimus institutiones istas ex re factas nullius esse momenti» (127). En cambio, cuando al instituido en cosa cierta se le consideraba *heres sine parte*, como tal debía responder en caso de *hereditas damnosa*. Así ocurrió siempre en el Derecho clásico, sin que la configuración como *praeceptio* trascendiese en este aspecto.

3.^o) Los herederos regularmente instituidos gozaban de la cuarta Falcidia frente a los instituidos *ex re certa*, en virtud de la cualidad de legatarios que a éstos se les atribuía al concurrir con aquéllos (128).

4.^o) Más dudosa cuestión fué la relativa a la posibilidad de ocupar por propia autoridad la *res certa* asignada, o de si, por el contrario, los herederos regularmente instituidos debían entregarla al que fué concretamente instituido en ella (129).

c) Tercer supuesto: *Hay varios herederos instituidos y todos ellos ex certis rebus.*

Parece que en esta hipótesis nada innovó Justiniano y que siguió en vigor la solución resultante de los textos de Papiniano y

(126) Ver la cit. Const. 13 h. t. de Justiniano.

(127) Ver Biondi, op. cit., núm. 95, letra c, págs. 241 y ss., quien señala como admitida sin disputa la interpolación de dicho texto de Papiniano.

(128) Respecto a este punto se ha discutido si sucedía lo mismo en el Derecho clásico. MANCALEONI (loc. cit., págs. 54 y s.), cuya opinión acepta BONFANTE (loc. cit., pag. 507, nota 1), lo resolvió negativamente, entendiendo que la opinión de Papiniano (en el cit. fr. 78 Dig. h. t.), coincidente con las que Ulpiano le atribuye (en el frag. 35, § 1, D. h. t. y 20 D. X-11), están interpoladas por los compiladores bizantinos. En cambio BIONDI (loc. cit., núm. 95, b., págs. 240 y ss.), reconociendo que dicho texto está interpolado, no ve tan claramente que la opinión fuese la contraria. Cuando la adquisición del heredero *ex re certa* empezó a entenderse como *praeceptio*, los juristas no pudieron prescindir del problema de la Falcidia. Supóngase—dice—un heredero al que se le atribuye una parte *re certa* que absorba casi toda la herencia, y a otro instituido regularmente, al cual no le queda sino muy poca cosa. ¿Diremos que el caso no fué observado, o, peor, que los juristas no habían reconocido el juego la Falcidia sólo porque los dos llamados eran herederos y, por lo tanto, no había formalmente ningún legado del cual pudiera deducirse la cuarta? Cualquiera que hubiere sido la concepción clásica (herencia o legado), el caso no podía soslayarse. Extrañándole, además, que la aplicación de dicha ley, en este texto, fuera totalmente justiniana por la manifiesta hostilidad de Justiniano a la ley Falcidia.

(129) Ver luego letra C, e, núm. 1, y nota 165.

Ulpiano, antes transcritos (130) y de la referida constitución de Gordiano recogida en el Codex Gregorianus. A lo más, cristalizó el tránsito de tales adquisiciones desde *praeceptio* al *praelegatum per praeceptionem* (131).

Los así instituidos heredaban por partes iguales, como si hubieran sido llamados *sine parte*, pero se les atribuía la cosa asignada como si fuesen prelegatarios de la misma (132). Las deudas se distribuían por igual si las cosas eran singulares (133) y proporcionalmente al valor de la atribución si se trataba de masas patrimoniales (bienes paternos y maternos, en Italia y en Oriente, etcétera) (134).

C) *Su evolución en el Derecho histórico de Castilla.*

a) *Doctrina de las Partidas.*

La Ley 14, tit. III, Partida sexta, recogió la doctrina del Derecho romano común.

Así vemos cómo sus primeros apartados expresan el principio rector de la ley *Si ex fundo*: «En una cosa señalada, así como en bienes, o en otra cosa cualquier, estableciendo un ome a otro por su heredero; si en este mismo testamento, o en otro que fiziese después el testador, non fallasse, que lo oviese otro establecido por su heredero; este atal deve haver todos los bienes del testador, maguer fuesse establecido en una cosa señalada tan solamente. Pero las mandas del testamento develas cumplir, así como las fallaren y escritas.»

En el siguiente apartado, admite lo dispuesto por Justiniano en la ley *Quoties certi quidem*: «E si por ventura, el testador fiziese después otro heredero, estonse aquel que diximos de suso, que era establecido en la cosa señalada, deve haver essa tan solamente; e todos los otros bienes deven fincar al otro, que fué después establecido.»

Luego, hace suya la opinión que Ulpiano expuso en el fr. 35 pr. D. h. t.: «Otro si dezimos, que si dos omes fuessen establecidos por herederos en un testamento, el uno en una cosa, e el otro en otra señalada; si el fazedor del testamento non departiese, nin mandase dar a otro, los bienes que oviesen, estos amos los deven aver todos igualmente; e cada uno dellos deve aver ante aquella cosa, en que fué establecido por heredero; pero amos

(130) Frs. 0. § 13: frs. 10. 35 y 78 pr., Dig. h. t.: frs. 17. D. XXIX-1, y fr. 20 D. XXXVI-1.

(131) Ver BIONDI, op. cit., núm. 95, pág. 438.

(132) Ver MAYNZ (op. y vol. cit.), pág. 396), GIRAD (loc. cit., pág. 879), BONFANTE (loc. cit., págs. 506 y s.), MARTÍ MIRALLES (loc. cit., pág. 56).

(133) Fr. 35. D. h. t.

(134) Fr. 78. D. h. t., ver nota 115.

de so uno son tenudos de responder de las debidas del fazedor del testamento.»

Finalmente, recoge las opiniones de Sabino, Próculo, Celso, Paulo y Javoleno, transcritas en los frs. 9, § 13, y 10 h. t., diciendo en sus dos últimos incisos: «E si por ventura, el testador estableciesse en una cosa señalada por herederos a un ome, e a dos ayuntadamente en otra cosa cierta, si non mandasse los otros bienes, deven los aver estos herederos, partiéndolos entre sí en esta manera: la meytad, a aquél que fué establecido por heredero en la una cosa; e la otra meytad, a los otros que fueron establecidos en la otra, fueras ende si el fazedor del testamento dixesse, que heredassen todos igualmente. Pero cada uno destes deve aver adelantada aquella cosa, en que fué establecido por heredero.»

b) *Criterio del Ordenamiento de Alcalá, según los juristas castellanos de los siglos XVI y XVII.*

Hemos comprobado antes, al examinar el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada, que hubo división de opiniones acerca de la vigencia, después de la ley 1 del tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá, de la citada Ley 14 h. t. de la sexta Partida y de sus precedentes leyes romanas. Predominó entre nuestros clásicos la consideración de su vigencia, por entender que aquella ley Regia se refirió a supuestos distintos, es decir, de modo exclusivo a los concretamente determinados por su letra.

Cevallos (135) y Pichardo (136), que entendieron derogada la regla «nemo pro parte testatus, et pro parte intestatus decedere potest», y Matienzo (137), no obstante defender su vigencia, sostuvieron que el instituido en cosa cierta, no debía recibir más que la cosa que se le asignaba, correspondiendo a los herederos legítimos el resto de la herencia que no hubiese sido dispuesto por el testador. De esta forma, según indica el último autor citado, debía entenderse que el instituido en cosa cierta, aun sin concurrir con ningún llamado *ex esse*, había de ser considerado siempre como simple legatario.

En cambio, la común opinión fué la contraria: entender vigente la citada ley de Partidas e incólume la doctrina romana de

(135) Op. y vol. cit., Quaest. 707, pág. 93, núms. 3 y 4.

(136) Op. y loc. cit., núm. 36: «Unde inferitur quod cum hodie attentata lege 1, tit. IV, lib. V. Recop. possit quis decedere pro parte testatus, et pro parte intestatus, institutus in re certa eum tantummodo rem consequitur, non vero universam haereditatem, quia cessat ratio, propter quam reliqua bona certae rei instituto entenduntur, intelligunturque eo casu ex tacita mente defuncti in reliquis bonis venientes ab intestato vocati».

(137) Op. y loc. cit., núm. 47, fol. 80 vto.: «...prae-umitur ergo voluisse cohaerentem sibi universalem dare eum, qui ab intestato a lege vocatur ab haereditatem, quo haerede universali instituto, clarum est eum, qui est instituto in re certa loco legatarii haberi».

la institución *ex re certa*. Entre otros, opinaron así Gregorio López (138), Covarrubias (139), Burgos de Paz (140), Antonio Gómez (141), el doctor Luis de Molina (142), su omónimo el Jesuíta (143), Acevedo (144), Ayllón Láinez (145), etc., etc.

Ciertamente la ley castellana sólo se refirió a los supuestos de falta de institución de heredero y de falta de aceptación del instituido. Abolió la necesidad de institución de heredero y de la adición de la herencia para la validez de los legados y demás contenido en el testamento, pero sin afectar a la universalidad del heredero escrito, ni a la fuerza expansiva de su título. Los juristas clásicos no aceptaron que una ley correctora del Derecho común, como la expresada, pudiese extenderse a supuestos no previstos en ella.

c) *La atribución de cosa cierta hecha por el testador con palabras comunes y directas, según nuestros clásicos.*

En la primera parte de este trabajo, siguiendo al Jesuíta Luis de Molina (146), señalamos lo que se entendía por disposición hecha con palabras *comunes*, v. gr.: *dejo* (relinquo) *suceda* (succedat) y otras semejantes, que sirven indistintamente para la institución directa de heredero, para legar o para disponer un fideicomiso. Por palabras *indirectas* u *oblicuas* se entendían aquellas dirigidas a los herederos para que ejecuten lo dispuesto por el testador: «es decir, para que restituyan toda la herencia o una parte de ella a tal o cual persona» (147): tales *ruego, quiero, mando*.

De las palabras indirectas, por lo tanto, no se infería institución de heredero. Ni tampoco cuando con palabras indirectas, pero comunes, el testador atribuía alguna cosa cierta. La doctrina en-

(138) Gl. 3.ª a las palabras «todos los bienes» de la Ley 14. T. III, 6.ª P.

(139) Op. y loc. cit., núm. 14, pág. 67.

(140) Op. y loc. cit., núm. 858, fol. 283: «casus dictae lex Ordinamen, dissimilis est a praedictis iuribus...» «nec in eadem Regia lege disponitur haereditem in re certa institutum nullo alio cohaerere relicto, a caeteris rebus haereditatis excludi: et ab id non est dicendum, regulam text. in l. nostrum ff. de reg. iur. in hoc casu esse correctam, nec leges ei consimiles ex iuribus nostrisimis quae excludunt leges correctionem».

(141) «Variae...» lex. Libr. y cap. cit., núm. 8, pag. 115.

(142) Loc. cit., pag. 104, núm. 22, al fin de la «Quinta conclusio», refiriéndose a la indicada doctrina del Corpus, dice «Quae jure ex decisione legis i. tit. 2. lib. 5 Ordin. quae est lex 1. tit. 4. lib. 5 in nova legum Regni collectione, quam cavetur valere testamentum absque haereditis institutione, innovata seu correctata non sunt. Cum enim lex illa correctoria sit, ultra casus in ea specificè decisos non extenditur».

(143) Op. y vol. cit., Disp. CIV, págs. 587 y ss.

(144) Op. y vol. cit., gl. 103 a la cit. l., pag. 115.

(145) Op., tomo y cap. cit., núm. 10, vers. «An autem», pag. 50.

(146) Op. y vol. cit., Disp. CIV, núm. 8, pag. 501.

(147) Ver la misma obra de MOLINA, Disp. cit., núm. 7, págs. 500 y ss.

tendía que significaban disposiciones de legados o prelegados (148).

Excepcionalmente el Abad Panormitano y Dumoulin, según Covarrubias (149), pretendieron que la palabra «*in aliquo*» aplicada a cosa singular podía significar institución de heredero cuando el asignatario debiera serlo para la validez del testamento.

Y si el testador, además de decir «dejo tal cosa a mi hijo», manifestara su voluntad de que el testamento valga del mejor modo y forma que valer pueda (ut valeat omni meliori modo quo valere possit), fué común doctrina iniciada por Baldo, aceptada y seguida por Gregorio López (150), Matienzo (151), Covarrubias (152), entre otros, que el llamamiento debía entenderse a título de institución, en ese caso *ex re certa*. Expresándose como razón: «que las palabras deben tomarse atendidas las circunstancias y calidad de la persona que habla» y «que sería muy duro y contra la equidad natural que a una palabra genérica no se le diere el sentido según el cual puede sostenerse la disposición».

En resumen, en general, dejada una cosa cierta con palabras comunes a una persona que no fuese heredero forzoso, debía entenderse legada, incluso faltando la institución de heredero. En cuyo caso, por aplicación de la ley 1, tit. XIX del Ordenamiento, serían herederos aquellos a quienes *abintestato* correspondiese.

En cambio, si la cosa asignada con palabras comunes fuese atribuida a un heredero forzoso al que no se le hubiese instituido en términos propios y civiles, y el testamento contuviese la expresada cláusula «ut valeat omni meliori modo quo valere possit» (153), el asignatario se entendería instituido en aquella cosa cierta, con las consecuencias que en su caso resultaren, según tuviere o no coherederos designados, o según quiénes fueren éstos y la forma en que se les nombró.

(148) Ver DÍAZ DE MONTALVO (*Glosas al Fuero Real*, edic., Salamanca, año 1500, lib. III, tit. V, Ley 6, gl. a las palabras «mejorar a algunos»); PALACIOS RUBIOS (op. y vol. cit., lex 24 Taur., núm. IX, pág. 506); MATIENZO (op. cit., lib. V, tit. IV, Ley 1.ª, núm. 6, pág. 67); ANTONIO GÓMEZ (*Utriusque...* cap. X, núm. 12, vers. *Nunc vero* y *Ex quo inferitur*, pág. 117); el citado MOLINA (loc. ult. cit., núm. 1); etc.

(149) Loc. ult. cit., núm. 6 (pág. 68), donde niega la afirmación de JUAN DE MOLINA y ALEJANDRO, que atribuyeron a BALDO igual opinión.

(150) Gl. 8, a las palabras «como a herederos» de la Ley 5, tit. VIII, Partida 6.

(151) Op. y glos. ult. cit., núm. 63, pág. 82.

(152) Loc. ult. cit., núm. 4, pág. 67.

(153) Según las indicadas opiniones del ABAD PANORMITANO y de MOLLÉUS: aunque no se contuviese la cláusula, siempre que el asignatario fuese heredero forzoso no instituido en términos propios.

d) *Supuesto de institución en cosa cierta con expresa declaración del testador de que el instituido se contente con la cosa designada o que nada más retenga o que no le acrezcan los demás bienes.*

Los comentaristas del Derecho común no llegaron a ponerse de acuerdo sobre el valor de dicha disposición del testador. Para facilitar una visión de conjunto de esa polémica, clasificaremos en tres grupos las distintas tesis sostenidas:

1.º Alejandro, Cino de Pistoya, Baldo, Aretino, Angel de Perusa, Juan de Imola, etc. (154), entendieron que dichas disposiciones eran «contra naturam» por contradecir el principio «nemo pro parte testatus, et pro parte intestatus decedere potest» y que viciaban la previsión del testador sin anular la institución misma. Resolviendo así de modo semejante a la ley «Si ita quis» en el supuesto de expresa institución *excepto fundo o excepto usufructo*, para el cual ordenó que estos bienes perteneciesen al heredero, no obstante la exclusión expresamente ordenada por el testador.

Contra esta disposición se arguyó la Ley 9, § 13 (D.ºg. XXVIII-V), que concluye expresando esta salvedad: «si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur». A lo que Antonio Gómez (155) respondió que dicha frase se refiere a la proporción en que deberá repartirse la herencia entre los dos herederos instituidos en cosa cierta, a que el texto alude, y no a la universalidad del llamamiento que no admite pueda excluirse.

También se observó que la ley «Si ita quis» (Dig. XXVIII-VI, 74) partía del supuesto de que la exclusión del fundo o del usufructo había sido expresada por el testador, por razón de su ánimo de disponer por separado de aquello que se reservaba, lo que no llegó a hacer por olvido o por sorprenderle la muerte. En cuyo caso es lógico su acrecimiento al heredero instituido. Mientras que en el supuesto de prohibición de acrecer al heredero *ex re certa*, o de ordenársele se contente con dicha cosa, hay clara conciencia de que el testador no quiere en caso alguno que el *heredero* reciba otra cosa más que la que le asignó expresamente (156).

2.º Bartolo, Pablo de Castro y Antonio Gómez (éste sin decidirse totalmente) (157) y el Jesuíta Luis de Molina (158) afirmaron que dicha cláusula viciaba totalmente la institución, de

(154) Citados por ANTONIO GÓMEZ (*Variac...* I, cap. X, núm. 10, pág. 116) y por GREGORIO LÓPEZ (gl. 3 a la Ley 14, tit. III, 6.ª P.).

(155) Ver a GÓMEZ, loc. ult. cit., pág. 116, núm. 10, *Primo*, y pág. 117, vers. *Jamen*.

(156) Ver LUIS DE MOLINA, *Quaest.* cit., núm. 26, pág. 600.

(157) Loc. ult. cit.: «quia quando in testamento, vel ultima voluntate colligitur perplexitas et repugnantia, vitiatur, et causa reducitur abintestato..., sed in nostro casu et quaestione est perplexitas et repugnantia: quia testator instituit haeredem in re certa, vel parte et ex adverso voluit quod non haberet alia bona, et prohibuit jus accrescendi: quod de jure est impossibile, ... ergo vitiatur institutio et: reducitur causa ab intestato».

(158) Loc. ult. cit., núm. 21 y ss., págs. 507 y ss.

modo que la herencia se defería *abintestato*, pero que dichos herederos legítimos debían restituir la cosa cierta, por vía de fideicomiso, al instituido en ella (159).

3.º) Saliceto (160) y Gregorio López (161) estimaron válida la institución en cosa cierta y reputaron heredero universal al así instituido, pero entendiéndolo gravado con fideicomiso universal a favor de los herederos *abintestato*—en beneficio de los cuales debe presumirse establecida aquella institución—reteniendo aquél la cosa cierta en lugar de la cuarta Trevelliánica. El apoyo principal de esta teoría se encontraba en la Ley 69 pr. (D.g. XXXI-único), fragmento de Papiniano que aceptó como fideicomiso la institución hecha con mandato al instituido de contentarse con determinada cantidad.

Estas dos últimas soluciones, por caminos opuestos, perseguían el mismo fin: imponer la verdadera voluntad del testador. Como escribió el Jesuita Luis de Molina (162), «tanto en las últimas voluntades como en los contratos, según dijimos anteriormente, debe estarse más bien a la naturaleza del asunto que a las palabras que lo expresen; y el que sólo instituye a un heredero de cosa cierta, o también de una cuota hereditaria, y desea que los demás bienes pasen a los herederos *abintestato*, aunque no lo exprese por no creerlo necesario, otorga un codicilo en que deja un legado al heredero de cosa cierta y un legado o fideicomiso al heredero de cuota; más no un testamento, por cuanto los sucesores *abintestato* son quienes él desea hacer herederos universales. Pero, del mismo modo que si por codicilo se deja la herencia a una persona por una benigna interpretación del Derecho se entiende transformada en fideicomiso, como explicamos en la disp. 124; así también en el caso propuesto, y con mayor razón, lo que solamente por las palabras parece un testamento, es un verdadero codicilo, debiendo considerarse la institución en cosa cierta o en una cuota como legado o fideicomiso, a cuyo cumplimiento están obligados los herederos *abintestato*». Y como explicó Gregorio López (163):

(159) Este criterio benévolo. «quod haeres ab intestato tenetur restituere illam rem, vel quotam per fideicommissum ipsi haerediti instituto», lo apoyaron analógicamente en el espíritu de los siguientes textos romanos: Ley 114, § 6, *Dig. XXX*, único, y Ley 17, *Dig. XXXVI*-I.

(160) Ver la opinión de SALICETO, expuesta en la citada glosa de GREGORIO LÓPEZ a las palabras «E todos los bienes» (ley cit.).

(161) Glos. ult. cit.: «Hay mucha diferencia entre el heredero instituido en cosa cierta y aquel a quien después de instituirsele simplemente se le previene que sólo retenga alguna cosa o cantidad» «...es indudable que de tales conjeturas puede deducirse un fideicomiso para lo cual basta que de cualquier modo conste la voluntad del testador. ¿Qué otra cosa puede conjeturarse en vista de la disposición de que se trata, sino que el testador quiso favorecer a los sucesores legítimos...? ¿Cómo puede permitirse—pregunta—que el instituido en cosa cierta, con prohibición de no percibir más, tome todos los bienes contra la expresa prohibición del testador, cuando puede tomarse un camino que, sin chocar con los principios, esa voluntad quede intacta?»

(162) Loc. ult. cit., núm. 22, *Segundo*, págs. 508 y s.

(163) Glos. ult. cit., vers. *Cum igitur*.

«Hay mucha distancia entre el instituido en cosa cierta sin prevención alguna, y el que lo es con la de no percibir lo restante; en el primer caso se presume que el testador ha querido lo mismo que la ley, es decir, que el heredero recibiese la totalidad de los bienes...; en el segundo, aunque parezca adjudicársele el todo por la ley, debe no obstante restituir el residuo a la persona a cuyo favor la prevención se hizo.»

e) *Ventajas que sobre el legado tiene la institución en cosa cierta, aun cuando el así llamado concorra con herederos «ex asse».*

Señaló Antonio Gómez (164) que el instituido en cosa cierta, aun habiéndosele dado herederos universales, gozaba de ciertas ventajas y prerrogativas por razón de haber sido llamado como heredero, las cuales no tendría de haber sido nombrado legatario simplemente:

1.º Porque mientras los legatarios no podían tomar la cosa legada por propia autoridad, en cambio el instituido en cosa cierta aun habiendo herederos universales, podía lícitamente tomarla por sí mismo, según entendió la común opinión de los autores (Bartolo, Juan de Imola, Pablo de Castro, Alejandro, etc.) (165).

2.º Porque tales herederos instituidos en cosa cierta, a pesar de concurrir con otro regularmente llamado, «*potest petere se mitti in possessionem virtute l. final. C. de edict. Divi Adriani tollendo*» (166).

Ello aparte de su situación expectante en el periodo intermedio entre la *delatio* y la *adquisitio*, que podía desembocar en la consolidación de su título de «*heres*». Ya que, como el mismo Gómez (167) explica, «*si isto casu cohaeredes universalis, vel institutus in quota repudiet, vel decedat sine transmissione, et haereditas accrescit instituto ex re certa, tamquam si nullus esset datus cohaeredes universalis. Quia si haeres universalis repudiet perinde est ac si numquam esset institutus et sic militat ratio praedictorum jurium scilicet ne testador decedat pro parte testatus et intestatus, sed tunc institutus ex re certa habebat omnia bona*».

(164) *Variae...*, I-X, núm. 14, pág. 118.

De esta opinión, según dice AYLLÓN, *Adú...* (I-X, núm. 16, pág. 60). fUEN, entre otros, CASTILLO, SUÁREZ, COSTA, GRACIANO, CANCER, etc.

(165) Dicha designación, como *heres ex re certa*, podía entenderse en el sentido de que implicaba autorización del testador al designado para tomar las cosas por su propia autoridad. Autorización que, según la glosa común, los doctores aceptaron que podía otorgar el causante, así de modo expreso como tácitamente. (Ver GÓMEZ, loc. últ. cit.).

(166) Ley 3. tit. XXX, L. VI, que recoge una Const. de Justiniano de año 1531.

(167) *Variae...*, I-X, núm. 13, pág. 117.

D) *La institución en cosa cierta en el Código civil y en su periodo de gestación.*

a) *Ideas dominantes desde fines del siglo XVIII hasta el fin del periodo codificador.*

Como expusimos al ocuparnos de la revisión del principio «*in pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*», la postura ortodoxa de los clásicos castellanos pasó a fines del siglo XVIII a ser considerada como heterodoxa por la mayoría de los juristas de dicha época. Las principales consecuencias de este cambio de posición afectaron notablemente a la teoría de las instituciones en cosa cierta, entendiendo derogadas las reglas de las leyes *Si ex fundo* y concordantes del Corpus, así como la ley 14, tit. III, de la sexta Partida.

De los reformadores del Febrero, sólo Tapia (168) sigue la postura clásica de aquel autor. Los demás, Joseph Marcos Gutiérrez (169), García Goyena, Aguirre, Montalbán y Vicente y Caravantes (170), así como también Sala (171), Martí y Eixalá (172),

(168) Op. y vol. cit., lib. II, tit. II, cap. XII, núm. 17, pág. 491.

(169) *Febrero Reformado...*, vol. cit., pág. 90, nota 1, en la que corrige la opinión de Febrero, expuesta en el texto, diciendo: «Habiéndose derogado como ya se ha dicho, el principio, *nadie puede morir en parte testado y en parte intestado*, el heredero instituido en cosa cierta sólo percibirá ésta, y los herederos abintestato sucederán en todo lo demás de la herencia con arreglo a la voluntad del testador bastante manifestada en el hecho mismo de instituir a uno en cosa determinada y no disponer de los demás bienes». Antes, en su citado *Compendio de las varias resoluciones*, de ANTONIO GÓMEZ, también quiso desmentir al príncipe de los juristas castellanos (pág. 65, nota 1), adhiriéndose a la opinión de MATIENZO, acusando a GÓMEZ y «a otros muchos autores también citados por AYLLÓN», de «que por su excesivo afecto al Derecho romano llevan a mal cualquier derogación suya, defienden lo contrario contra la voluntad evidente del testador, que haciendo la institución en cosa cierta o quota, y no disponiendo de los demás bienes, da a entender bastante no quiere suceda el instituido en ellos, sino los herederos abintestato. Y asimismo defienden lo contrario nuestras Leyes Recopiladas, que han derogado expresa o tácitamente el mencionado principio entre las innumerables vanas sutilezas del Derecho civil, porque no queden ilusorias muchas veces las últimas voluntades».

(170) *Febrero o Librería*, etc., vol. cit., núm. 1.337, págs. 418 y s.

(171) Op. y vol. cit., l. II, tit. V, núm. 6, pág. 154: «... y según esta regla (alude a la citada Ley 1.^a), no habrá derecho de acrecer en las herencias, quando uno solo es el instituido en cosa cierta, o parte quota de la herencia; o son muchos los instituidos con partes expresas para cada uno que señala el testador, en cuyos casos irán a los herederos legítimos o abintestato los demás bienes vacantes, o partes de que no dispuso el testador».

(172) Nota adicionada a las de GREGORIO LÓPEZ (*Las siete Partidas*, volumen cit., págs. 459 y s.). Dice «... la ley 1. tit. 18, lib. 10, Nov. Rec. (que es la citada del Ordenamiento de Alcalá), declarando que la institución de heredero go era esencial para la validez del testamento implícitamente declaró que podía morirse parte testado y parte intestado: de lo que se sigue que el instituido en cosa cierta no percibirá más de lo designado por el testador, sucediendo en lo restante los herederos abintestato».

Esriche (173), Benito Gutiérrez (174), Gómez de la Serna (175) y Navarro Amandi (176) negaron, en cualquier caso, al instituido en cosa cierta la categoría de heredero universal.

Siguiendo esta orientación, el Proyecto de 1851 declaró, en su art. 628, que: «El heredero instituido en una cosa cierta y determinada es tenido por legatario de ella.»

García Goyena (177), al comentar este artículo, trazó el siguiente parangón: «La ley 13, título 24, libro 6 del Código, y la 14, título 3, Partida 6, disponían lo que este artículo; pero sólo para el caso de haber otro heredero testamentario: si no lo había, el instituido en cosa cierta o en una parte o cuota se apoderaba de toda la herencia por el derecho de acrecer derivado del principio o axioma de no poder nadie *pro parte intestatus decedere*. Entre nosotros, por lo dispuesto en el artículo anterior, conforme con la célebre Ley Recopilada, el instituido en cosa cierta será siempre legatario, haya o no otros herederos testamentarios: no habéndolos regirá el artículo anterior». Es decir; el remanente pasará a los herederos legítimos.

b) Posición del Código civil.

Esa revisión de las ideas clásicas cristalizó definitivamente en el Código civil. Su art. 768 se limita a decir escuetamente: «El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario.»

Relacionando este precepto con los arts. 764, 891 y 912, pode-

(173) Op. cit., vol. I, *Heredero extraño o voluntario*, N.º, pág. 18. Dice: «... por el hecho de no disponer el testador sino de cierta parte de sus bienes a favor de extraños manifiesta bastante ser su voluntad que los demás queden a favor de las personas llamadas por la Ley a sucederle, de modo que puede decirse que tacitamente las instituye. Esta doctrina se deduce tan inmediata y necesariamente de la citada Ley 1, tit. 18, lib. 10. Nov. Rec., y por otra parte es tan equitativa y razonable, que no deja de causar admiración que haya en el día quien la califique de mera opinión de jurisconsultos y manifieste adherirse a los principios del Derecho romano, cuya aplicación sería ahora injusta y ridícula. El derecho de acrecer no tiene ya lugar sino cuando dimana de la voluntad del testador».

(174) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, Madrid, 1881. T. II, pág. 90, núm. 137, nota 2.

(175) Op. y vol. cit., pág. 403. Entiende que la Ley 14, t. III, 6.ª P., fue derogada por la Ley 1, t. XVIII, l. X, Nov. Rec.

(176) Op. y vol. cit., art. 1128, *Comentario*, pág. 587, en el que igualmente considera dicha Ley 14, t. III, 6.ª Partida, derogada por el Ordenamiento de Alcalá (Ley 1, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec.).

(177) *Concordancias...*, vol. cit., pág. 69.

mos sintetizar la doctrina de nuestro Código, relativa a las instituciones en cosa cierta, de la siguiente manera:

Primera hipótesis: *Institución de uno o varios herederos en cosa cierta, cuyas asignaciones no agotan el caudal, y designándose o no, con ellos, otro u otros herederos regularmente instituidos.*

Se aplica el art. 768. Y si además falta institución regular de herederos, o si con el instituido en una cuota no se agota el caudal, entra en juego el art. 912 del Código civil. Por lo tanto, en principio, el instituido en cosa cierta es legatario, siendo herederos los instituidos regularmente o los llamados por la ley abintestato, o bien éstos y aquéllos conjuntamente.

No obstante, entendemos que en nuestro Derecho pueden considerarse vigentes aquellas dos ventajas que Antonio Gómez, siguiendo la doctrina común de los doctores, atribuyó a los instituidos en cosa cierta, aun cuando no fueran sino legatarios. En efecto:

a) La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 octubre 1928 declaró que el legatario puede tomar por sí posesión de la cosa legada cuando el testador se lo hubiere autorizado, ya que la voluntad de éste es ley de la sucesión. Ahora bien, entendemos que el testador, al llamar heredero, y no legatario, al asignatario de cosa cierta manifiesta, implícita pero evidentemente, su voluntad de que éste pueda tomar la cosa por sí como si realmente fuera heredero.

β) Esa facultad de tomar posesión por propia autoridad, indudablemente debe estar unida a una *possessio sine corpore* que legitime la actuación directa no autorizada en otro caso al propietario que no sea poseedor. Por tanto, debe admitirse que al heredero de cosa cierta que llegue a adir la herencia (178), se le entiende transmitida la posesión de la cosa asignada sin alteración y desde el momento de la muerte del causante. Es decir, el artículo 440 es aplicable a cualquier persona a la que se le otorgue el nombre de heredero, aunque a otros efectos se considere legatario al instituido en cosa cierta. Consecuentemente, debe admitirse que éste podrá pedir la posesión de la cosa que se le asignó, por el procedimiento del art. 2.056 de la Ley de Enjuiciamiento civil, o por el interdicto de adquirir, en su caso.

Segunda hipótesis: *La herencia ha sido totalmente distribuida en instituciones de cosa cierta.*

A la par que el art. 768, debe entrar en juego el art. 891, del que más atrás nos hemos ocupado parcialmente. Su aplicación coloca a los legatarios en una especial postura.

(178) La sentencia de 3 de junio de 1947 dice que la transmisión posesoria a que alude este artículo, y que en caso de muerte se produce para el heredero, es de la posesión llamada *civilísima*, que es la que se adquiere por ministerio de la ley, y que tiene lugar en el momento de la muerte del *de cuius* sin necesidad de aprehensión material de la cosa, con ánimo de tenerla para sí.

Martí Miralles (179) llega a entender que «tratándose de herederos instituidos en cosa cierta, cuando no haya otros herederos, es decir, según el Código, cuando no queden bienes para los herederos legítimos, los herederos en cosa cierta quedan convertidos, como sucede en Derecho romano, en una órbita aún más amplia, en herederos universales del testador». Previendo que «como las herencias se aceptan casi siempre a beneficio de inventario, puede afirmarse que, en realidad, ni tan siquiera esta diferencia accidental separa, en el supuesto propuesto, a los herederos instituidos en cosa cierta de los herederos universales, en lo referente a representar la persona, los derechos y obligaciones del testador».

Indudablemente existen diferencias evidentes entre el legatario de los supuestos normales y aquéllas que se encuentran en la situación del art. 891. Sin salirnos de este precepto encontramos una responsabilidad directa del legatario, cuando lo normal es que sólo puedan sufrir indirecta o subsidiariamente, podríamos decir por rebote, las consecuencias de las deudas del causante.

Sin embargo, a primera vista, entre el heredero y el legatario del art. 891, tal vez, podría señalarse alguna otra diferencia más que la resultante de la responsabilidad limitada de este último, sin necesidad de recurrir al beneficio de inventario. Es posible que mientras la responsabilidad del heredero que acepta en dicha forma es *cum viribus* durante el procedimiento y *pro viribus* después, en cambio, la del legatario, en el supuesto del art. 891 sea sólo *cum viribus*, con la ampliación que pueda significar el juego de la subrogación real. Pero esa apreciación peca de petición de principio, porque sólo puede apoyarse en la presuposición de que, en el supuesto del art. 891, el legatario y el instituido en cosa cierta tienen con respecto a las deudas del causante la posición de los verdaderos legatarios, que es precisamente lo que se duda.

Castán (180) advierte con referencia a esta situación: «a) Que las prestaciones que se imponen al legatario (obligaciones o cargas establecidas por el testador o responsabilidades derivadas de los mismos bienes que se adjudican) pueden considerarse como *condición* o *accessión* de su cualidad de dueño o adjudicatario de aquellos bienes o derechos de que es sucesor a título singular. b) Que el caudal hereditario que se reparte en legados está, en realidad, limitado al líquido que resulte después de deducido el pasivo constituido por las deudas que afectan a la totalidad de los bienes y derechos inventariados. c) Que, por lo demás, aun en esta hipótesis de distribuir toda la herencia en legados, nunca está el legatario obligado más allá de donde alcance el valor de su legado.»

La segunda observación del maestro, sin embargo, no tiene en cuenta el criterio de la Resolución de 30 de diciembre de 1916, que

(179) Op. cit., pág. 69.

(180) *Derecho civil español común y foral* (Notarias, 4.^a ed., Madrid, año 1930), t. I y vol. II, pág. 301.

entendió que los legatarios, en el supuesto del art. 891, podían por sí mismos posesionarse de los bienes que les fueron legados. Posibilidad que sería inaceptable en un régimen de liquidación previa a la percepción de los legados. Con ello se comprueba cómo, igualmente, se aleja el sistema de este precepto de la solución clásica de pagar los legados a través del *officium iudicis* y del curador de la herencia, aplicado, según vimos, en los supuestos de absoluta falta de adición por los herederos instituidos y abintestato.

Por lo demás, no deja de ofrecer al intérprete puntos dudosos la afirmación del art. 891 de que: «se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa.» No obstante, con su atenta lectura pueden hacerse las siguientes observaciones:

α) La letra del precepto parece expresar que, en este caso, corresponde a los legatarios una responsabilidad directa y personal *pro viribus* y no una mera afección *cum viribus*. Para expresar ese segundo criterio debería haberse dicho «que los bienes estarán afectos proporcionalmente al pago de las deudas», pero no que «se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios», que es lo que se dice.

β) Según observa Mucius Scaevola (181), tal dictamen «es preciso ponerlo en correspondencia, para su mayor claridad y completo sentido con la general y característica de toda manda que enuncia el párrafo segundo del art. 858 del Código, según lo cual, los legatarios no están obligados a responder de gravámenes que se les impongan más que hasta donde alcance el valor del legado» (182). Pero cabe objetar que el art. 859 sólo se refiere a las mandas y legados impuestos por el testador al legatario, sin plantear la cuestión del pago de deudas de la herencia, de las que el legatario no responde directamente como tal, sino a falta de herederos y en sustitución de éstos. Circunstancia que elimina una rigurosa analogía.

γ) Otra duda más se suscita con relación al prorrateo de las deudas entre los legatarios en proporción de sus cuotas: ¿Ha sido dispuesto así por el art. 891, solamente a efectos internos, es decir, «inter legatarios»?; o bien, ¿es ordenado a todos los efectos, es decir, afectando no sólo al débito, sino también a la responsabilidad y, por lo tanto, disminuyendo la garantía de los acreedores?

(181) Op y vol. cit., pág. 479.

(182) MANRESA (op. y vol. cit., pág. 685), en igual sentido, dice que: «La única diferencia entre este caso y aquel en que hay herederos es que éstos responden hasta con sus propios bienes al cumplimiento de las obligaciones del testador, mientras que los favorecidos con los legados no responden nunca, si no quieren, más que hasta donde alcance el valor de sus respectivas mandas». Y VALVERDE (op. y col. cit., pág. 334) observa que si bien los acreedores «podrán reclamar contra los legatarios al no haber herederos», ello es «bien entendido que los legatarios no responden más que hasta donde alcance el valor de los legados, jamás son responsables con sus bienes propios» (con lo que parece aproximarse a aceptar meramente una afección *cum viribus*).

El inciso final del precepto, «a no ser que el testador hubi re dispuesto otra cosa», parece indicar que este artículo está concebido atendiendo sólo a las relaciones internas. El testador no puede estar facultado para afectar los derechos de sus acreedores distribuyendo a su arbitrio la responsabilidad que los garantiza.

En este punto, Manresa (183) y Scaevola (184) discrepan de Sánchez Román (185). El primero dice que cada uno de los legatarios «queda responsable solamente por la cantidad que en la proporción le corresponda». El segundo, en igual sentido, afirma que la doctrina del art. 1.084 «no podría extenderse a los legatarios a no alterar la naturaleza de las instituciones jurídicas», apoyando esta afirmación en la distinta naturaleza de heredero y legatario. En cambio, Sánchez Román entiende aplicable, por analogía, el artículo 1.084, por entender que al acreedor no puede obligársele a dirigir su acción prorrateando sus reclamaciones entre todos los legatarios, ni antes ni después de haberse hecho la partición a que fué ajeno ni exponerle a una insolvencia, ulterior y parcial de alguno, mientras haya bienes de aquella herencia, que nunca pudieron aplicarse a los legados, sino después de satisfechas las deudas que formaban el pasivo de la herencia».

A nuestro juicio, la analogía teológica planteada por Sánchez Román es evidentemente superior a la analogía dogmática que defiende Scaevola. Esta se apoya en un hecho precisamente discutible: que en el supuesto del art. 891 el designado heredero en cosa cierta y los nombrados legatarios sean verdaderamente meros legatarios.

c) *Notas críticas sobre la posición del Código civil. Su artículo 768 literal e imperativamente interpretado.*

Leyendo a Joseph Marcos Gutiérrez, a Escriche, a García Goyena y a otros autores del pasado siglo (186) causa extrañeza ver imputar a jurisconsultos tan insignes como los romanos y a un Derecho tan perfecto como el suyo, que perduró alrededor de dos milenios en los países cristianos, el acatamiento y respeto de una solución que, por los indicados autores en el siglo XIX, es tachada de *vana sutileza* que hacía ilusorias muchas veces las últimas voluntades y cuya aplicación era injusta y ridícula.

Creemos que, como suele suceder en los casos en que se sostienen soluciones tan antagonicas, sus mantenedores examinan el supuesto discutido desde puntos de vista totalmente dispares.

Los precursores del Código civil enfocaron la cuestión examinando los casos en que el testador designaba heredero en un solo objeto cualquiera de los múltiples que integraban su haber, sin dis-

(183) Op. y vol. cit. pág. 685.

(184) Op. y vol. cit. pág. 480.

(185) Op. y vol. cit. pág. 1343.

(186) Ver las notas 169 y ss. del presente trabajo.

poner del resto. Escriche (187) llega a recargar la sombra de su cuadro suponiendo que sea un *extraño* el instituido en cierta parte de los bienes.

Los romanos no pudieron considerar normal este supuesto. No era lógico creer tamaña incongruencia en un testador, y menos aún fué previsible en el Derecho histórico de Castilla, donde la intervención notarial velaba por la fiel traducción jurídica de la voluntad de los otorgantes.

En la institución *excepta re certa*, supusieron que el testador excluyó la cosa porque pensaba disponer de ella posteriormente, sorprendiéndole la muerte sin haberlo hecho; o bien que, habiendo verificado dicha disposición singular, ésta no llegó a tener efectividad (188).

La institución *ex re certa* debió utilizarse en aquellos supuestos en que la cosa cierta constituía la casi totalidad del patrimonio del testador (v. gr., el caso de un causante dueño de un patrimonio agrícola y además de un cuadro empeñado en poder de un prestamista o de una suma de dinero depositada, por ejemplo, en un Banco, que instituye heredero en aquella heredad sin mencionar el cuadro ni el dinero; o el supuesto del dueño de una industria o de una flota mercante de enorme valor, y de un caballo de paseo o de un par de perros de caza o del mobiliario de su casa, que instituye heredero en aquellas cosas, olvidando éstas); o en caso de distribución de toda su herencia en instituciones de cosa cierta (no olvidemos que en Roma el testador sólo podía hacer la partición propiamente dicha de su herencia *inter liberos*, es decir, entre sus descendientes), omitiendo algún objeto, tal vez por haberlo adquirido con posterioridad a la fecha del testamento, o por descuidarlo dado su escaso valor, o bien si caducase alguna de las varias instituciones singulares (tengamos presente que la mayor parte de los textos del Digesto referentes a dicha institución se referían a casos en que el haber se repartía entre *heres ex re certa*).

En estos supuestos nos parece más racional suponer que el testador preferiría que de esa parte no dispuesta gozase el heredero o herederos instituidos en cosa cierta, y que agotaban la casi totalidad del caudal, con preferencia a los herederos abintestato, a quienes fué excluyendo de las principales cosas de su herencia que tuvo presentes al testar.

No olvidemos aquella afirmación de Gregorio López (189): «Hay mucha distancia entre los instituidos en cosa cierta sin prevención alguna y el que lo es con la prevención de no percibir lo restante: en el primer caso se presume que el testador ha querido

(187) Loc. últ. cit.

(188) Así aprecia el jesuita LUIS DE MOLINA (op. y vol. cit., Disp. CLV, número 26, pág. 600), indicando que la ley «Si quis ita» se apoyaba en la idea de que estaba en el ánimo del testador disponer por separado de aquella cosa que se reservaba, lo cual no hizo por olvido o por sorprenderle la muerte.

(189) Glosa a las palabras «todos los bienes», 3.ª de la ley 14, tit. III, 6.ª Partida.

lo mismo que la ley, es decir, que el heredero recibiese la totalidad de los bienes...; en el segundo... debe, no obstante, restituir el residuo a la persona a cuyo favor la prohibición se hizo.»

Por lo demás, el criterio del Código civil, literalmente entendido, puede resultar absurdo en los siguientes supuestos, que si bien teóricamente parecerán excepcionales, en cambio, prácticamente son de seguro los más corrientes, tratándose de instituciones en cosa cierta:

α) El testador instituye heredero a X, instituyéndole en su casa, muebles, ropa, ajuar, en los títulos valores de su propiedad y en sus dos fincas rústicas. Todo ello compone su caudal, con la excepción de la cantidad que acredita en cuenta corriente contra un Banco de la localidad, y que a su fallecimiento arrojaba un saldo activo de mil pesetas, aproximadamente, cantidad que pudo ser menor que las deudas dejadas por el mismo testador.

Pues bien, conforme al criterio *literal* del Código civil, aquel instituido no será sino un legatario de cada una de aquellas cosas ciertas que se le asignaron, y será heredero aquel a quien abintestato le corresponda. Este, sin perjuicio de percibir solamente ese pequeño saldo, deberá ser quien entregue los legados y responda personalmente a los acreedores del causante en forma ilimitada si no tiene la precaución de aceptar a beneficio de inventario o negligir alguno de sus requisitos.

β) Otro testador distribuye todos sus bienes en instituciones de cosas ciertas. Deja a A. su fábrica, a B. sus fincas rústicas, a C. las urbanas, a D. las cuentas corrientes y valores, a E. su mobiliario, ropa, ajuar y metálico y a F. en su perro de caza. Todos los legatarios aceptan sus legados, excepto F. Entonces, conforme al artículo 764 y 912, esa parte que queda sin disponer corresponde a los herederos abintestato, que, por tanto resultan ser herederos universales, representantes del causante, continuadores de su personalidad, encargados de cumplir su voluntad y de la entrega de los legados, responsables de sus deudas y adquirentes, ¡sólo por rebote!, de un perro en proindiviso. Aquella repudiación del can elimina totalmente el juego del art. 891, hace surgir unos herederos universales insospechados y tal vez rechazados por el testador. El repudiado perro deja de ser cosa cierta para transformarse en el portillo por el que llegan los herederos abintestato con todas las consecuencias que de ello se deriven, tal como expresan Sánchez Román y Valverde (190).

d) *Corrección de esos resultados, dando al art. 768 un sentido interpretativo o presuntivo de la voluntad de causante, y no un valor rigurosamente imperativo.*

Esos dos resultados absurdos, a que hemos llegado al interpretar, en sentido rigurosamente imperativo, el art. 768 del Código civil, nos indican la inaceptabilidad de esa solución rígida.

(100) Ver notas 90, 91 y 92.

Pero, ¿cabe dar un sentido menos rígido al precepto del artículo 768? No han faltado autores que así lo han entendido.

Manresa (191), después de transcribir los arts. 767 a 771, inclusive, señaló que las reglas de los mismos «constituyen otras tantas reglas de interpretación de las disposiciones testamentarias en cuanto a la institución de herederos». Todas esas reglas se inspiran—añade—, en primer término, en el respeto a la voluntad del testador, base principal de toda recta interpretación de los testamentos y que la ley procura siempre amparar... «estableciendo, de acuerdo con la Ley 5.^a, tit. 33 de la Partida 7.^a, que sus palabras (las del testador) debían ser entendidas lisa y llanamente como suenan, a no probarse que la intención fué otra; debiendo asimismo interpretarse ésta mediante la comparación de unas y otras cláusulas del testamento, para fijar su verdadera inteligencia de modo que no se alterasen los verdaderos propósitos del causante».

Scaevola (192) plantea que la distinción de heredero y legatario, tan sencilla en teoría, puede resultar difícil de apreciar en la práctica «merced a las diversidades de pensamiento y expresión» o porque «se complican los caracteres de la designación, por no emplearse fórmulas precisas, o ser contrarias éstas a otras que se usaron en el testamento». E indica que «si no cabe ninguna duda de que nombrando el testador a alguien para que reciba una cosa cierta y determinada, individual, expresa, independiente de las demás, como, por ejemplo, una casa, por tal disposición se le nombre legatario; y que, cuando le instituye en todos los bienes, acciones y derechos, le designa heredero, cabe dudar de ciertos modos de expresarse en que la institución no es por extremo amplia ni por extremo limitada, y en que la voluntad del testador se puede interpretar de ambas maneras». Resolviendo que, cuando resulte que «el testador tuvo el propósito de que le sirviera de continuador, especialmente en lo moral, una persona es heredera, aunque se le designara sólo para recibir una pequeña parte. No se resuelve el problema con llamar a la herencia universalidad, puesto que se puede recibir todos los bienes y derechos sin dejar de ser legatario, y se puede ser heredero y recibir una pequeña parte». «Con la regla del art. 768—prosigue—no se despeja la cuestión sino de una manera incompleta; más que una regla es un auxilio, un dato.» «Yendo hasta la interpretación del testador...—concluye—sabiendo si el testador consideraba a esta persona, *al llamarle a la herencia de una u otra manera*, como la más encadenada a él, como la más apta para disfrutar los beneficios y afrontar las responsabilidades de su representación después de muerto, es como podrá formarse juicios prácticos y dar a la jus-

(191) Op. cit., t. VI (6.^a ed. Madrid, 1932), págs. 98 y ss. Notemos que en esa 6.^a ed., al ser corregida y aumentada, se añadieron las ideas totalmente objetivistas importadas por FERRARA (ver el apartado tercero de la pág. 1000).

(192) Op. cit. (5.^a ed. Madrid, 1943), págs. 505 y ss.

ticia su tributo, cuando las dificultades vayan a pasar a manos de los Tribunales.»

Más decidido, nuestro compañero y amigo Roan (193) afirma concretamente su creencia de que «el artículo 768 del Código civil funciona tan sólo como presunción de voluntad; por eso, aun a pesar de ser instituido en cosa cierta y determinada, si está claro que el testador ha querido hacer una institución y no un legado, será heredero y no legatario. El art. 768 no es *ius cogens*» (194).

Después, también Ortega Pardo (195) ha entendido que el artículo 768 «es una norma interpretativa complementaria del artículo 668, párrafo segundo».

Y, recientemente, nuestro amigo y maestro Roca Sastre (196) entiende que, no obstante el texto del art. 768, «como el causante designa heredero a la persona favorecida, si hay base para interpretar que la indicación de la cosa cierta y determinada responde sólo al designio de destacar uno de los bienes de la herencia y que es voluntad del mismo que aquella persona recoja además el resto de la misma, entonces esta persona tendrá la consideración de heredero y no la de legatario. Esto resultó claro en el caso resuelto por la Sentencia de 7 de junio de 1899, en el que el testa-

(193) *Texto refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1940* (trabajo en el que brilla la enorme erudición de su autor), en *Rev. Dr. Prie*, tomo XXX, ver pág. 644 y s., así como la nota 50 de la pág. primeramente citada en el número 354 (septiembre 1946). En apoyo de su tesis, cita las Sentencias de 6 junio 1899, 8 julio 1904 y 15 enero 1918, si bien reconoce que resuelven «no muy concretamente».

(194) Añadiendo este ejemplo: «Piénsese en el supuesto de tres legatarios de tercio y un heredero instituido en la cosa de más o menos valor. La calidad de heredero en nuestro Derecho sigue teniendo mucha de la consideración personal que otrora tuvo. Es un *titulo*, dijo BONFANTE, o un *status*, como recientemente señaló CARNELUTTI».

(195) *Heredero testamentario* y..., loc. cit., pág. 330. Su conclusión es que: «El artículo 768 debe interpretarse junto al 668 y al 660, y los tres deben quedar sometidos a otras disposiciones del Código, en las que, excepcionalmente, el criterio distintivo del artículo 660 falla». Deduciendo, como colorario, que una persona es heredero a pesar de recibir bienes determinados, tan sólo en dos casos: «cuando el testador, de acuerdo con lo que el Código permite, deje a un heredero bienes determinados (artículo 1.056), o cuando la propia Ley atribuya la cualidad de heredero a personas que pueden no suceder en todo el patrimonio o en una parte alicuota del mismo (heredero forzoso)».

Estamos de acuerdo respecto a la primera excepción, pero rechazamos totalmente la segunda. Las razones ya las vimos en la primera parte de este trabajo. El Código acepta un determinado concepto de heredero: el derecho-habiente que no se acomode a él no será tal heredero. Llámese luego el Código como le llame, por expresarse con la antigua terminología que en su evolución ha desbordado. Con el cambio operado en el art. 815, hoy el legatario puede no ser heredero. Y no lo es, cuando no suceda (solo o con sus coherederos) en las relaciones jurídicas del causante y esencialmente en las pasivas—las activas puede el testador individualizarlas previamente—. El nombre no hace a la cosa. Y, como en aquel chiste de «La Codorniz», podría decirse al Código: «Me llamo Juan, pero puede usted llamarme Pepe».

(196) Notas de adaptación al *Derecho de Sucesiones*, de KIPP, vol. I.º del tomo V del *Tratado de Derecho civil*, por ENNECERUS, KIPP y WOLF (Barcelona, 1951), § 44, I. 1.º, pág. 264.

dor institúa heredero en una casa y le atribuía el remanente que de la herencia quedare. En estos supuestos, la indicación de cosas determinadas de la herencia y su atribución respectiva a los varios herederos designados, puede implicar una asignación de dichas cosas a cada respectivo lote, o sea que entrañe una regla particional establecida por el causante (Cf. S. de 21 marzo 1910 y Res. de 26 de diciembre 1942). De entenderse que el testador quiso que los designados fuesen efectivamente herederos, pero no que la cosa cierta atribuida lo fuese como asignación a su lote respectivo, entonces surgirá un prelegado, debiéndose llegar a la misma conclusión expuesta, aunque el favorecido fuese heredero único. Es problema de interpretación, que dependerá de las circunstancias del caso si la expresión del testador (tanto más posible en el testamento ológrafo y en el cerrado) al instituir heredero a una o varias personas asignándoles sólo cosas determinadas, envuelve verdadera institución de heredero universal, sobre todo teniendo en cuenta que la noción de universalidad o síntesis hereditaria es de orden técnico y que más bien es concepción vulgar el creer necesaria la indicación testamentaria de los bienes relictos más cuantiosos o relevantes. Cf. S. de 5 julio 1893 y de 18 octubre 1917.»

Efectivamente, la voluntad del testador es ley en la sucesión. Si el «nomen» no es decisivo sobre la intención, tampoco lo son los términos con que se expresa la asignación. La palabra «heredero» no es sacramental en la institución, ni positivamente (artículo 678) ni negativamente (art. 660). Pero tampoco lo es la expresión de una cuota, alicuota o no (el residuo es siempre cuota y normalmente no será parte alicuota), de bienes o de herencia (S. 16-X-40). No se exige al testador el empleo técnico de las palabras heredero y legatario, ni tampoco se le obliga a que distinga entre llamar a los bienes y llamar a la herencia. El elemento *nominal*, cuyo valor no puede menospreciarse, no es decisivo ni en la designación ni en la asignación. Sobre él se halla la voluntad real del testador, para cuyo conocimiento hay que atender tanto a uno como a otro dato, según el contenido del testamento en el conjunto de sus cláusulas.

Un límite tiene esa labor interpretativa. Lo expresa el apartado 2.º del párrafo 1.º del art. 675: «En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento.» La Sentencia de 8 de julio de 1940 explica así ese límite que supone el contenido testamentario: «si bien no hay obstáculo legal que impida al juzgador acudir, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias, a circunstancias anteriores al testamento (los llamados medios de prueba extrínsecos), es menester, por razón sobre todo del carácter de acto formal o solemne que tiene el testamento y que aparece consagrado en el art. 687, que el sentido averiguado y desenvuelto por la interpretación tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento y puede así la decla-

ración formal ser configurada, por sí sola, como una declaración del contenido de la voluntad del testador».

El límite impone, naturalmente, dentro del texto del testamento, la ponderación entre las palabras del llamamiento y las de la atribución. Así como la confrontación de la síntesis de unas y otras con las palabras utilizadas en el llamamiento y en la atribución relativas a los demás designados en el testamento.

Al efecto, podemos señalar un supuesto del Derecho romano donde, pese a prevalecer, individual o aisladamente contrapuestos, el *nomen* sobre la *asignatio*, la comparación entre el *nomen* y la *asignatio* de uno de los instituidos con el *nomen* y la *asignatio* de los demás, podía hacer que la *asignatio* distinta de unos u otros fuese decisiva, pese al *nomen* igual, para determinar la naturaleza de cada llamamiento. Así se hizo prevalecer la *asignatio* sobre el *nomen*, en alguno de los llamados, cuando sólo su *asignatio* discrepase del *nomen* mientras la de los demás estuviese de acuerdo con el *nomen* común. Es el supuesto de la ley *Quoties certi quidem*, en caso de institución conjunta de herederos *in re certa* con otros *cum parte vel sine parte*.

Ese criterio de la ley «*Quoties certi quidem*», una vez derogado el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada, fué extendido en el art. 628 del Proyecto del Código de 1851 a los supuestos de coexistencia de un heredero testamentariamente instituido en cosa cierta con otros llamados abintestato individual o conjuntamente al todo. Esa explicación nos da García Goyena (197), al comentarlo, después de exponer el criterio de la ley *Quoties* y de la ley 14, Tit. III, de la Sexta Partida. «Entre nosotros—dice—por lo dispuesto en el artículo anterior (que, cuando la institución testamentaria no agota todo el caudal relicto, llama al remanente no dispuesto a los herederos abintestato), el instituido en cosa cierta será siempre legatario, haya o no otros herederos testamentarios.»

La misma explicación hay que dar del art. 768 del vigente Código civil, fiel trasunto del citado art. 620 del Proyecto de 1851.

Por eso aquí, en éste como en aquél, ante las explicaciones de García Goyena, cabe preguntar:

¿Quid si la institución o instituciones en cosa cierta agotan el caudal? ¿Quid si, no agotándolo, el remanente se reduce a una o varias cosas ciertas, tal vez de escasísimo valor, que, por eso mismo, el testador olvidó disponer? ¿Quid si, cuando el llamamiento de la cosa cierta no agote el caudal, tampoco puedan entrar los herederos abintestato, por consumir totalmente el remanente las disposiciones hechas por el testador a título singular? ¿Quid si distribuída toda la herencia en instituciones en cosa cierta queda vacante una de ellas por falta de aceptación, capacidad o premorencia, sin sustitución, de alguno de los llamados?

Todos esos supuestos creemos que escapan a la *ratio* del artículo 768 C. c., así como se hallaban fuera de la órbita del art. 628 del Proyecto de 1851, que—como se ha explicado—presupuso la coexistencia de uno o varios herederos universales testamentarios o abintestato. Mientras, en los casos anteriormente expuestos no caben ni unos ni otros, o bien, de entrar los sucesores abintestato sólo es para percibir una o varias cosas ciertas, vacantes u olvidadas.

Contestando una a una las preguntas que tenemos formuladas, creemos lo siguiente:

1.º Los instituidos herederos en cosa cierta, cuando los llamamientos de esa clase agoten el caudal, deben entenderse herederos universales, instituidos en proporción al valor de los bienes que respectivamente se les hayan asignado, y entre los cuales el testador, usando de la facultad conferida en el art. 1.056, párrafo 1, distribuyó los bienes en el mismo testamento.

Nos confirma esa interpretación el estudio que anteriormente hicimos del art. 891 C. c. Allí deducimos de su propio texto que, en caso de distribución de la herencia en legados, todos los asignatarios respondían personalmente, y no meramente «cum v.ribus», de las deudas del causante; nos inclinamos, con Sánchez Román, a entender que en sus relaciones con los acreedores de la herencia, les era aplicable el art. 1.084 del Código civil, es decir, que los legatarios, cuyas asignaciones en total agotaban la herencia, respondían solidariamente del pasivo herencial. Incluso dudamos de la aplicación del párrafo 2.º del art. 858 del Código, por estimar petición de principio la consideración como verdaderos legatarios a los llamados con esa denominación que recibían, en asignaciones individualizadas, todo el haber hereditario equivalente a la suma de aquéllas. Aquí la petición de principio sería aún mayor, puesto que el testador llamó *herederos* a los asignatarios. Tanto más cuanto que la distribución de la herencia en legados, «estricto sensus», debe considerarse como una anomalía, como lo es, lógicamente, una sucesión sin sucesor. Especialmente, atendiendo a que, si el testador no designó comisario, contador o albaceas, al efecto, falta el órgano encargado del cumplimiento de los legados, ya que ni el Código civil ni la Ley de Enjuiciamiento civil prevén la entrega por el «*officium iudicis*» a que aludían nuestros clásicos, y del que prescinde claramente la Resolución de 30 de diciembre de 1916.

Hay, pues, entre los artículos 768 y 981 una especie de reenvío. Aquél nos dice que el heredero instituido en cosa cierta es legatario; el segundo aclara que, si tales llamamientos agotan el haber hereditario, los llamados responden personal y directamente de las deudas de la herencia, como verdaderos herederos, con responsabilidad limitada o ilimitada—extremo dudoso, pero no esencial para la determinación de la naturaleza del llamamiento.

2.º Cuando, en semejante supuesto testamentario, quede va-

cante alguna o algunas de las cosas ciertas asignadas, sea por premorencia sin sustitutos, incapacidad o repudiación de los llamados herederos, entendemos que quienes abintestato reciban aquellas cosas ciertas debe entenderse que ocupan igual posición jurídica que quienes fueron testamentariamente llamados a ellas.

Ha dicho Roca Sastre (198): «Aunque el art. 768 se refiere sólo al heredero testamentario, no creemos que pueda tenerse la posibilidad de un heredero intestado en cosa cierta, y, por tanto, en el caso que se examina, el heredero o herederos intestados deberán considerarse legatarios de dicha cosa exceptuada...»

Aquí se refiere Roca al supuesto de institución de heredero *excepta re certa*, en cuya hipótesis el heredero abintestato, que respectivamente sólo tiene asignada una cosa cierta, concurre con un *heres ex asse* testamentariamente llamado. Pero en el supuesto examinado por nosotros la concurrencia es exclusivamente de *heres ex re certa* testamentarios y abintestato. Hipótesis sustancialmente igual a la que antes habíamos examinado. Tanto más idéntica cuanto que el testador designó a cada uno de los llamados por él como herederos en cosa cierta, concurrentes con otros herederos también instituidos *ex re certa*. No aceptada la solución que propugnamos se mutaría la previsión del testador por un hecho ajeno a su voluntad, quedando los herederos por él instituidos en una situación jurídica diferente a la que quiso señalarles.

3.º Si el testador pensó agotar el caudal con llamamientos en cosa cierta a título de heredero, pero olvidó algún bien, seguramente por su poco valor, o lo adquirió posteriormente, entendemos que debe aplicarse la misma doctrina, atendiendo a la voluntad del testador, conforme al razonamiento que acabamos de exponer.

4.º Instituidos uno o varios herederos en cosa cierta y distribuido el remanente en legados, sean de cosa específica o parciales, creemos que resulta evidente la voluntad del testador de que aquéllos sean herederos. La disparidad de los *títulos* expresados puede ser decisiva aquí, como lo fué en la ley *Quoties* la disparidad de *assignatio* en caso de identidad de *nomen*. Esa voluntad expresa no choca aquí con los supuestos que quiso prevenir, según vimos el art. 768: concurrencia de heredero o herederos instituidos en cosa cierta con otros llamados sin asignación de cosa, por el testador o por la ley. Aquí, el *heres ex re certa* concurre con meros legatarios. El rango distinto de los títulos hace que el heredero llamado sea el encargado de cumplir todos los legados y suceda al causante en las relaciones pasivas, igual como ocurre al que abintestato deba cumplir las mandas cuando el testador sólo disponga algunos legados sin pretender agotar su haber.

Si son varios los llamados herederos en cosa cierta concurrente con legatarios, aquéllos deberán entenderse instituidos a prorrata del valor de sus respectivas asignaciones entre sí (es decir,

si una cosa vale seis y otra cinco, en proporción de seis y cinco con un denominador común de once), no con relación al haber (es decir, si la herencia, comprendidos los legados, vale veinte, no debe hacerse el cálculo en proporción de 5/20 y 6/20, respectivamente, sino, como hemos dicho, de 5/11 y 6/11). La razón de esto estriba en que, en nuestro Derecho, cuando sólo se han instituido herederos en cosa cierta, no responden éstos de las cargas y deudas por partes iguales, como ocurría en el Derecho romano, sino a prorrata de sus asignaciones, como, por aplicación analógica, resulta del art. 891 C. c.

5.º En fin, cuando el testador hizo varias instituciones en cosa cierta y dejó el remanente a uno de los instituidos, pueden darse varios supuestos, según los términos en que se dejó ese remanente y la importancia que se le dió y que efectivamente tenía ese residuo. Si se asignó como mera previsión, para evitar que de resultar remanente se llegase al abintestato, creemos que no se varía el supuesto de total distribución de la herencia en instituciones de herederos *ex re certa*.

En resumen: trátase de problemas a resolver en cada caso concreto. Como datos juegan: los nombres—técnicos o vulgares—dados para expresar el llamamiento y la asignación; el cotejo de los referidos nombres en cada llamamiento; el contenido de las asignaciones y el correspondiente de lo que reste sin asignar.

E) *Atribución de la legítima por medio de instituciones ex re certa.*

Es sabido que Justiniano, en el cap. III de su Novela CXV, ordenó que la legítima, que hasta entonces pudo dejarse por cualquier título, debía asignarse a título de herencia. No bastaba, por lo tanto, la atribución de bienes suficientes por medio de donaciones, legados, fideicomisos o por cualquier otro modo. Pero en el cap. V de la misma Novela se admite: «Caeterum si quis heredes fuerint nominati, *etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti*, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri». Explicando: «Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeritionis et exheredationes auferre».

Es decir, bastaba instituir a los legitimarios *ex certis rebus*. Sin que fuese obstáculo el hecho de que, años antes, en la ley *Quoties certi quidem*, el propio Emperador consideró a los instituidos en cosa cierta como meros legatarios si concurrían con otros herederos regularmente instituidos (199).

(199) DIONISIO GODOFREDO (op. y vol. cit., pág. 601, gl. 52), glosando el indicado capítulo lo recordó: «Institutus alias in re certa pro legatario habetur. l. 13 Cod. de haered. instituend.».

Aventurada nos parece la afirmación de ORTEGA PARDO (*Naturaleza jurídica del llamado legado ex lugar de la legítima*, Madrid, 1945, págs. 48 y s.), a

Como dijo Vinnio (200). «Si institutus quidem sit filius, sed aut in re certa adjuncto ei cohaerede simpliciter scripto vel ex parte assis, aut certis rebus contentus esse iussus sit, quo casu legatarii loco habetur, ut neque actiones haereditarias exercere, neque a creditoribus haereditariis conveniri queat».

Esa opinión que sostenía la posibilidad de dejar la legítima mediante instituciones en cosa cierta, también predominó entre los juristas clásicos castellanos, lo mismo que entre los demás autores de Derecho común.

Al hijo instituido en cosa cierta se le entendía nombrado heredero a efectos de no considerarlo preterido (201), pero sin perjuicio de aplicarle la común doctrina de los instituidos en cosa cierta, según la cual de hecho podría ser: verdadero heredero, si no concurría con otros instituidos regularmente, o legatario, en caso contrario, a pesar de conservar el honor del *nomen* (202).

Covarrubias (203) explica las razones por las cuales es válido dejar la legítima mediante instituciones en *cosa cierta* (204): «institutus in re certe haeredis nomen et comodum habet, quoad

comentar esa disposición del cap. V, Nov. CXV. Con olvido de toda la doctrina del Derecho intermedio, pretende que en el inciso «etiam si certes rebus iussi fuerint esse contenti» no hay sino una simple determinación, hecha por el testador, de los bienes en que ha de concretarse la cuota del legitimario. Es equivocado—por olvido de la ley *Quoties certi quidem*—su dictamen de que no se trata de un legado. Es inoportuna la cita que hace de Cicerón, pues si bien en Derecho romano es heredero aquel a quien el testador designa con tal nombre, no es menos exacto que el supuesto de esa misma ley *Quoties certi quidem* determina una evidente excepción de esa regla.

(200) *Selectarum Iuris Quaestionum*, Lugduni, 1744. l. I, cap. XXIII, página 38.

(201) Así lo expresa GODOFREDO (op. y vol., cit., inciso final de su glosa a la ley *Quoties certi quidem*, núm. 4, pág. 267), recogiendo la opinión de GRACIANO.

GREGORIO LÓPEZ (gl. a las palabras «como a herederos», 8.ª de la Ley 5. tit. VIII, 6.ª P.), siguiendo a BALDO, extiende esta solución al caso de expresar el testador con palabras vulgares «dejo tal cosa» a favor de un hijo, añadiendo ser su voluntad que valga el testamento del mejor modo y forma que valer pueda. Porque las palabras deben tomarse atendiendo las circunstancias y cualidades de la persona que habla.

AYLLÓN LÁINEZ (op. cit., I-X, núm. 23, inciso 2.º, pág. 70) cita las opiniones de GRACIANO, PEDRO GREGORIO y CUYACIO, expresivas de que el hijo instituido en cosa cierta no pudo interponer la *querrela*, sino sólo, en su caso, la *actio ad supplementum*.

(202) Claramente expresa el tercer inciso del cap. V de la Nov. CXV la razón por la que exigió que se dejase la legítima a título de herencia aun permitiendo que se concretase «ex re certa»: El honor del *nomen*, «a parentibus et liberis iniuriarum praeteritionis et exharedationem auferre».

(203) Op. cit., vol. I, cap. Raynutius, § 1.º De haered., núm. 14, pág. 67.

(204) Ver VÁZQUEZ DE MENCHACA (op. cit., núm. 245, fol. 224) y MATIENZO (op. cit., ley 1.ª, tit. IV, lib. V., gl. 10, núm. 57, fol. 81), que afirman que no puede asignarse la legítima en cosa cierta *salvo a título de institución*.

ius accrescendi: haeredi etenim universali repudiante, toto hereditas accrescit huic in re certa instituto» (205).

Resumiendo: el legitimario instituido en cosa cierta, concurrendo con otros herederos llamados *ex asse*, tenía el honor de heredero y la posición de hecho de legatario con las particularidades siguientes:

1.^a Gozaba del acrecimiento propio de la universalidad del título de heredero. Más exactamente, se transformaba en heredero universal en caso de que ninguno de los regularmente instituidos llegase a adir.

2.^a Aun no siendo prácticamente más que legatario, podía ocupar la cosa legada por propia autoridad y gozaba de la especial protección posesoria del heredero, como cualquier otro instituido en cosa cierta.

Por lo demás, como legatario, no debía responder personalmente por las deudas del causante (206).

Hoy, con mayor razón, es válida la institución de un legitimario como heredero en cosa cierta. El art. 815 permite dejar la legítima por cualquier título, por tanto, ningún obstáculo supondrá, al efecto, el hecho de que, conforme al art. 768, se deba considerar al así llamado como mero legatario.

La ventaja del acrecimiento por virtud de la universalidad del título ha desaparecido, lo mismo para los instituidos en cosa cierta como para los llamados disyuntivamente a cuotas hereditarias (207). Pero, nos parece indudable que subsisten, a favor de aquéllos, las ventajas derivadas del hecho de poder ocupar por propia autoridad la cosa asignada, de adquirir *ipso iure* la posesión civilísima, otorgada en el art. 440 C. c., y de gozar de la misma protección posesoria que el heredero. Ventajas que, como expusimos, subsisten, a juicio nuestro, a favor de cualquier instituido en cosa cierta, aun no siendo legitimario.

(205) El doctor LUIS DE MOLINA (op. cit., L. II, cap. XIV, núm. 19, página 406) explica igualmente que la legítima se debe a título de heredero por dos razones: «Prima, propter honorem ejusdem tituli... Secunda, propter emolumentum ius accrescendi.» También ANTONIO GÓMEZ (*Variae...*, LXI, núm. 1, b, página 134) dice que la legítima «debet relinquí titulus institutionis, propter honorem tituli et propter commodum juris accrescendi».

(206) Ver VINNIO (loc. cit., pág. 39): «Caeterum quod attinet ad ea onera, quae ex ipso jure haereditariae portionis emergunt, ea haud dubie etiam ad portionem legitimam pertinent quando ea optinetur titulo institutionis... quamvis secus sit, cum et obvenit ut pars bonorum; quod evenit, ... aut si institutus quidem sit filius, sed in re certa adjecto cohaerede indefinite, aut ex parte haereditate scripto.»

(207) Consecuencia de los arts. 764, 912, núm. 2.^o y «sensu contrario» de los arts. 982 y 985. Es una consecuencia de haberse abolido la incompatibilidad entre las sucesiones testadas e intestada. Insistiremos más adelante sobre las consecuencias de la desaparición de esta fuerza expansiva del título de heredero.

§ 3.º - LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA LEGÍTIMA EN LA PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR. -- EXAMEN DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1.056 DEL CÓDIGO CIVIL.

A) *Consecuencias de la división hecha por el testador según el Derecho romano.*

Observemos previamente que sólo nos interesan dos aspectos de la partición hecha por el testador (208):

1.º El relativo a su posible contradicción con el acto dispositivo. Es decir, si cabe pedir la rescisión, o por lo menos debe mediar abono de diferencias en metálico, en caso de que no se correspondan el valor de la asignación concreta con el de la cuota atribuida en el acto dispositivo testamentario.

2.º Y, principalmente, las consecuencias que dicha partición pueda tener en las relaciones de cada uno de los herederos con los acreedores del causante.

Varios textos del Digesto, una Constitución de Diocleciano y Maximino (Codex X-XXXVI, 21) y dos Novelas de Justiniano (nov. XVIII, cap. IV y nov. CVIII, cap. III) aluden a la partición hecha por el padre entre los hijos. Con mayor amplitud el Emperador Gordiano, en Constitución recogida en el Código (III-XXXVI, 10), habla de la partición hecha por el testador.

Para dar a todos esos textos su exacto valor, debemos tener en cuenta que el causante dispuso en Roma de diversos expedientes para distribuir sus bienes entre los herederos mediante asignaciones concretas:

a) Simplemente mediante la disposición de prelegados o, incluso, sin haber testado, a través de legados hechos en codicilos a favor de sus presuntos herederos abintestato (209).

b) Distribuyendo totalmente la herencia en instituciones *ex re certa*, que, como vimos, acabó por significar, en Derecho justinianeo, la atribución de sendos prelegados a cada uno de los nombrados, que se suponían instituidos herederos por partes iguales.

c) A través de la *praeceptio*, forma evolutiva que bifurcán-

(208) Otros aspectos de la partición hecha por el testador han sido estudiados por MARÍN LÁZARO (*La partición de la herencia hecha por actos *inter vivos**, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., T. 176, 2.º semestre de 1944, págs. 209 y ss.), ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho privado*, T. II «Sucesiones», Madrid, 1948, págs. 369 y ss.) y ALBALADEJO GARCÍA (*Dos aspectos de la partición hecha por el testador*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I-III, págs. 924 y ss.). Un magnífico examen de conjunto de esta figura hace en sus considerandos la magistral Sentencia de 6 de marzo de 1945, de la que fué ponente don José Castán (Véase, con su comentario por BONET RAMÓN, en la Rev. Dr. Priv., T. XXIX, julio-agosto 1945, págs. 446 y ss.).

(209) Ver el frag. 3º, § 1.º (Dig. X-II), de que luego nos ocuparemos.

dose en su decurso pudo desembocar en la anterior figura o en la partición justiniana *parentem inter liberos*. Como ha dicho Biondi (210), la *praeceptio* aparece como una detracción la masa hereditaria que el causante autoriza a un coheredero con carácter previo al acto propiamente dicho de la división. Esa *praeceptio* podía ser dispuesta: como anteparte, de modo que el coheredero obtuviese la cosa asignada además de lo que le correspondere en la partición; o bien dentro de los límites de la cuota, de modo que el coheredero debiese imputar a su participación aquella cosa previamente detraída.

Más tarde la *praeceptio* ya no autoriza esa previa detracción. Pero se hace valer en la acción divisoria, vinculando su cumplimiento tanto en la división judicial como en la verificada extrajudicialmente.

Fué aplicable a cualquier heredero, aún extraño. Pero debía ser dispuesta en testamento, pues de lo contrario se convertía en donación.

d) Mediante donaciones intervivos—imposibles entre *pater* y *filius in potestate*—o *mortis causa* (211), que podían agotar el caudal.

e) Finalmente por la *divisio inter liberos* propiamente dicha, que Justiniano favorece en las citadas Novelas XVIII y CVII, dotándola de formas especialmente simples (212).

Esa diversidad de medios de que dispuso cualquier causante, no todos calificables con rigor técnico de actos particionales, debe ser tenida muy en cuenta al interpretar alguno de los textos del *Copur Iuris* que suelen citarse al examinar los efectos de la distribución hecha por el testador (213).

(210) Op. cit., núm. 86, págs. 221 y ss.

(211) BIONDI (pág. 222, nota 1, cree ver donaciones *mortis causa* y no división testamentaria en aquella Constitución de Constantino (c. 2, C. Th. 2, 24; año 327), recordada y perfeccionada en la Constitución de Justiniano del año 531 (Codex II-III, 30, en la salvedad del vers. «Secundum veteres» y en el vers. «Tunc etenim»), relativa a un pacto sucesorio en el que intervenía la voluntad del disponente.

(212) El cap. VII de la Nov. XVIII, observando que «frecuentemente algunos, que son padres de muchos hijos, juzgando luego dividir inmediatamente sus bienes, para preservarlos de disputas entre hermanos, los llevan a contiendas mayores y muy graves»—por falta de claridad, de suscripción, o por interlineados de otra mano, etc.—ordenó que «si alguien quisiere dividir sus bienes entre sus hijos, o aun quizá dejarles determinadamente algunos, indique especialmente éstos, si es posible, en el testamento»; y si así no fuere posible, sea lícito «hacer la división de los bienes que haya querido que se repartan, o suscribirlas todas él mismo, o procurar que las suscriban todos sus hijos, entre los que dividiere los bienes, y darle con esto fe indudable a la cosa, siendo válido y firme, sin necesitar otra garantía, lo que se hace en esta forma».

Confirma esta doctrina el cap. III de la Nov. CVII, que admite estas dos citadas formas en las divisiones hechas por el padre: las suscritas por los hijos y las suscritas por el propio padre, que todo lo hubiere dejado claro mediante su firma.

(213) No lo tiene en cuenta MUCIUS SCAEVOLA (op. cit., T. XVIII, Madrid, 1901, págs. 262 y s.).

1.ª La cuestión planteada por la falta de concordancia entre la disposición hereditaria y la atribución particional hecha por el propio causante, parece aludida en los siguientes textos:

Dig. XXXIV-IV, 23: Estudia este supuesto: Un padre, habiendo dividido sus bienes entre los hijos, quiso que la hija recibiese trescientos áureos por cuenta de las utilidades del cargo de primpilo, y después compró una posesión con dinero procedente de dichas utilidades. Papiniano resuelve: «*Quum autem inter filios diviso patrimonio res indivisas ad omnes coheredes pertinere voluisset, ita possessionem ex commodis comparatam dividi placuit, ut in eam superflui pretii filia portionem hereditariam accipiat; hoc enim eveniret in bonis pecunia relicta*». El valor que este texto tiene para nuestro objeto radica en demostrar que esa partición *inter liberos* no es más que una partición *mortis causa*, que, por tanto, no influye en el carácter de herederos de los asignatarios.

Dig. X-II, 39, § 1.º: Un causante falleció intestado, después de haber dividido en codicilos todos sus predios y su patrimonio entre sus hijos, de tal suerte que dejó mucho más al hijo que a la hija. Se preguntó si la hermana debía llevar al hermano su dote a colación. Paulo contesta negativamente: «*Respondi, secundum ea, quae proponerentur, si nihil indivisum reliquisset, rectius dici, ex voluntate defuncti collationem dotis cessare*». A primera vista, pudiera deducirse que este texto prejuzga que la partición (aquí desigual), aun no acomodándose a las cuotas hereditarias (iguales por haberse deferido abintestato la sucesión), se impone sobre la institución. Pero, en el presente supuesto, parece más verosímil entender que la división no se hace por medio de un mero acto particional de ejecución de la atribución hereditaria, sino a través de una serie de prelegados. Así parece indicarlo el hecho de haberse dispuesto en codicilos, faltando institución testamentaria de herederos. Ahí encontramos un paralelo de la diferencia que media, en nuestro régimen vigente, entre distribuir el caudal por el expediente del art. 891, o bien a tenor del párrafo 1.º del artículo 1.056.

Cod. III-XXXVI, 10: Este texto del Emperador Gordiano dice así: «*Siempre que el testador divida la sucesión entre todos los herederos, y mande que cada uno de ellos se contente con ciertas posesiones y con los esclavos que en las mismas se hallan establecidos es evidente que se ha de obedecer a su voluntad, quedando a salvo la autoridad de la ley Falcidia; y no hace variar, que en las siguientes palabras haya creído deber encomendar a los herederos todos sus esclavos, sin haber hecho ninguna distinción entre ellos, pues se considera ciertamente que se los recomendó a aquellos a quienes también en el testamento dispuso que se les habían de dejar*». También aquí la alusión a la Falcidia indica que, asimismo en este caso, la distribución se hizo, o la *praeceptio* se entendió hecha, a través de prelegados. Notemos

también que el texto no habla del padre, sino en términos más generales, del testador, amplitud extraña a la división *parentem inter liberos*.

En cambio, en Derecho justinianeo, especialmente por la Novela XLVIII, resulta más clara la inimpugnabilidad de la partición hecha por el causante, mientras no lesione las legítimas debidas.

El prefacio de esta Novela comienza con la siguiente afirmación: «Semper hanc unam habemus intentionem, dispositiones morientium esse firmas, nisi resultent legi, et aperte contrariae sit iis, quae illi placent». Continúa exponiendo que algunos herederos pretenden volverse contra la declaración por la que su causante manifiesta cuáles eran sus bienes y contra su afirmación de que «sólo éstos deja a sus herederos»; observando que, por resultar de las leyes ser en algún modo «una sola la persona del heredero y del que a él le transmite la herencia», el heredero que no quiere que sea válido lo que su causante le dejó y juró que era válido, obra de modo que se vuelve contra sus propias manifestaciones por lo que, en su cap. I, dispone que se considere «que los bienes son tantos cuantos el testador juró, y los únicos que quiso que tuviesen los herederos».

2.º Del problema de la responsabilidad por razón de las deudas del causante se ocupan estos otros fragmentos:

Dig. X-II, 20, § 3.º: Un padre dividió sin escritura sus bienes entre los hijos, y distribuyó las cargas de las deudas a proporción de las posesiones. Ulpiano, siguiendo a Papiniano, entiende que no se considera este acto simple donación, sino más bien división por última voluntad («non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudice divisionem»), y en consecuencia que si los acreedores les demandasen según sus porciones hereditarias y uno rehusare pagar lo reclamado, «posse cum eo praescriptis verbis, agi, quasi certa lege permutatonem facerint, scilicet si omnes res divisae sint». Fragmento que hay que relacionar con el reconocimiento por la ley 23, Cod. III-XXXVI, de que con el pacto de división no se puede afectar la acción ejercitada por un acreedor contra cada uno de los herederos con arreglo a sus porciones hereditarias (pro hereditariis portionibus). La responsabilidad de los herederos por las deudas de la herencia (que en Derecho romano era mancomunada a prorrata de sus porciones hereditarias) no queda, por tanto, modificada por la división «inter liberos».

Dig. X-II, 39, § 5.º: «Un padre dividió sus bienes entre sus hijos y confirmó la división por testamento, y expresó que lo que cada uno debía o debiesen lo pagase él solo: después fué fiador el padre de uno de los hijos a quien se le prestó dinero, y con su consentimiento dió en prenda los predios que había señalado al hijo; muerto el padre, poseyó el hijo estos predios y pagó las usuras; pregunto si el acreedor vendiese los predios dados en

prenda, ¿le deberá dar alguna cosa su coheredero en el juicio de división de bienes, si el acreedor vendiera los predios dados en prenda?». La respuesta de Paulo es terminante: «Respondi, secundum ea, quae proponerentur, non esse praestandum». Pero esta negativa no contradice el criterio del fragmento 20, § 3.º, antes transcrito, pues hay otras razones que la justifican. En primer término, el padre dió en prenda los predios destinados al propio hijo deudor del dinero, en garantía de cuya devolución se hizo aquella pignoración. En segundo lugar, el texto se refiere a las relaciones entre los coherederos: es un heredero el que sufre la acción ejecutiva del acreedor, el heredero cuyos bienes ejecutó el acreedor pignoraticio, y se pregunta si tendrá acción de reembolso o deberá ser compensado por su coheredero. Tampoco limita el texto la facultad de los acreedores a reclamar sus créditos a todos los herederos a prorrata de sus porciones. Pues se trata de un acreedor pignoraticio, a la satisfacción de cuyo crédito han sido especialmente afectados determinados bienes de la herencia. Es un supuesto singular que ni siquiera exceptúa la regla general, por salirse fuera de su hipótesis.

B) *Textos y doctrinas en el Derecho histórico castellano.*

La ley 7, tít. I de la 6.ª Partida, ocupándose conjuntamente de dos instituciones distintas, el testamento *parentem inter liberos*, y la *divisio parentis inter liberos* determina su forma y los requisitos de su eficacia. De mayor interés, para nuestro objeto es el párrafo final de la ley 9 del tít. XV de la misma Partida: «Pero si el padre, o el testador, partiese él mismo la heredad en su vida entre los herederos a su finamiento, si después que él finasse, venciessen alguno dellos en juyzio alguna de las cosas que le vinieren en parte, entonces los otros herederos non serían tenudos de fazerle emienda ninguna» (214).

La ley 19 de Toro (ley 3, tít. VI, lib. X, Nov. Recop.), es también señalada como precedente del art. 1.056 (215): «El padre o la madre y abuelos, en vida o al tiempo de la muerte, *pueden señalar en cierta cosa o en parte de su hacienda* el tercio y quinto de mejora en que lo haya el fijo o fijos o nietos que ellos mejoraren; en tanto que no exceda el dicho tercio lo que montare o valiere la tercia parte de todos sus bienes en el tiempo de su muerte...»

(214) No obstante, ver la interpretación que ALBALADEJO hace de esta ley (loc. cit., pág. 945).

(215) GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, T. II, pág. 263), comentando el artículo 899 del Proyecto de 1851—antecedente del 1.056, 1.º—, señala esta ley de Toro entre los textos históricos castellanos en que se apoya dicho artículo del Proyecto.

Este precepto, aunque sólo se refiere a un acto parcial de partición, es de extraordinario interés, por la clara separación que establece entre la disposición de la cuota y la asignación de cosa cierta para su satisfacción.

Nuestros clásicos acabaron por precisar, con firmes trazos, la diferencia que media entre la disposición de una cosa y su asignación como concreción de la disposición de una cuota.

Así, Antonio Gómez (216) señaló dicha diferencia con extraordinaria exactitud técnica, atendiendo a si la cosa correspondía a la sustancia de la disposición y la cuota a su ejecución o viceversa. Es decir: «quando post dispositionem perfectam et consumatam res esset assignata solutioni et sic executioni actus»; y cuando ... «talis assignatio sit substantiae dispositionis, et per consequens non debet supleri ex aliis bonis». Distinción de gran importancia práctica, v. gr., porque sólo en el último de los dos supuestos indicados, según el mismo Gómez, «si talis res assignata pereat casu fortuito, non debet suppleri melioratio alij boni». Y, porque, sólo en el primer caso, si la cosa señalada excediese del valor de la cuota dispuesta, debería reducirse el valor de ésta, «quia mens et voluntas patris vel matris non fuit plusquam tertio meliorare, et actus agerium non operantur ultra eorum intentionem, et limitata causa limitatum parit effectum».

Sancho Llamas y Molina (217) señala todavía otra subdistinción en el supuesto de que la cosa cierta se encuentre en la disposición: la cosa cierta asignada con señalamiento de cuota. En tal caso, a su juicio, la cuota actúa como límite máximo de la disposición de la cosa, igual como en el caso de disposición de cuota con asignación de cosa. Pero sin que la cosa esté en la ejecución, sino precisamente en la sustancia de la disposición; por eso entiende que, en este caso, la cuota, pese a ser tope máximo, no actúa como límite mínimo.

Estas distinciones pueden tener hoy, aplicadas a la herencia en general, y no sólo a las mejoras, un interés e importancia superior a la que tuvieron en la ley 19 de Toro. En ésta, sólo podían significar: o bien, que la cosa se asignaba como atribución par-

(216) «Ad legem Tauri comentarius» (Antuerpiae, 1624), ley 17, núm. 14, página 127.

(217) *Comentario jurídico crítico literal de las 83 leyes de Toro* (3.ª ed., Madrid, 1853), vol. I, pág. 428, ley 23, núm. 11, donde dice: «Aunque la mejora de cosa cierta es distinta de la de cuota, sin embargo, se puede decir que cuando la de cosa cierta se hace con señalamiento de cuota hay casos en que el efecto participa de una y otra; tal es, por ejemplo, la mejora que se hace de cosa cierta con señalamiento de tercio o de cuarto por cuota, y la cosa señalada excede el valor de la cuota, que en tal caso la mejora será de cosa cierta para que en aquella cosa, y no en otra, se verifique la mejora, y será de cuota para que no sea válida en la parte que exceda de la cuota señalada, a diferencia de la mejora que se hace de cosa cierta sin señalamiento de cuota, la que debe valer aunque exceda del tercio y alcance al quinto, y si aún excede debe imputarse en la legítima en virtud de la ley 26, que expresamente lo dispone así para la mejora tácita.»

tucional o ejecutiva en pago de un legado de parte alícuota; o que, por el contrario, se atribuía como legado de cosa específica, con o sin determinación de tope cuantitativo de la atribución, según se señalara o no cuota de imputación.

Hoy, extendiendo esta doctrina a la legítima—cosa posible gracias a los arts. 815 y 1.056—podríamos distinguir:

1.º Disposición de la legítima a título de herencia, y asignación de cosa cierta como atribución de carácter particional.

2.º Atribución de la misma cuota legítima como legado de parte alícuota, también con asignación de cosa cierta con igual carácter particional.

3.º Disposición de la cosa cierta como legado específico en pago de la legítima, habiendo el testador dispuesto de las restantes cuotas de la herencia a favor de otras personas. Trataríase, según los cánones clásicos de un legado de cosa cierta al que se le fijó como límite (salvo si se dijere que en su exceso valga como mejora o legado) la cuota de imputación (imputación contable, no concreción de atribución). Veremos, luego, en qué sentido y hasta qué punto se ha modificado hoy esa doctrina.

4.º Disposición de cosa cierta como legado, sin fijar cuota de imputación, cuando al legitimario-legatario no se le deje otra cosa, dispuesta en un testamento que contenga institución universal de heredero. Trátase, asimismo, de un legado de cosa cierta, sin más límite fijado por el testador que el de su propio valor. Se imputará a la legítima del legatario, y, en cuanto exceda de ella, valdrá igualmente como mejora o legado, aunque el testador no lo hubiere declarado expresamente (218).

Las consecuencias, sacadas a la luz, de esa doctrina clásica, serían muy diversas en unos y otros casos. Tanto en relación con la reducción, o no, de la asignación, como con referencia a la posición jurídica del asignatario y, por lo tanto, a su posible responsabilidad por razón de las deudas de la herencia. Diferencias de las que luego vamos a ocuparnos, examinándolas a través del Derecho vigente.

C) *La partición verificada por el testador en caso de disparidad entre su disposición testamentaria y la atribución particional hecha por el mismo, según los artículos 1.056, § 1.º, y 1.075 del Código civil.*

Adelantaremos que el interés que tiene, para nuestro objeto, el problema planteado se dirige al examen de si es posible una total disección entre *disposición* y *partición* en el ámbito del artícu-

(218) Ver lo que dijimos en nuestro trabajo *Imputación de legados otorgados a favor de legitimario*. Rev. Dr. Priv., T. XXXII (abril, 1948), páginas 330 y ss.

lo 1.056. Ambos conceptos, teóricamente inconfundibles, ¿pueden entrelazarse tan íntimamente en un caso dado que no sea posible determinar sus límites respectivos? La solución de la cuestión enunciada puede significar la confesión de que en ciertas ocasiones no hay bisturí jurídico capaz de separar lo particional de lo dispositivo cuando han sido amalgamados al amparo del artículo 1.056 del Código civil.

Recientemente, Manuel Albaladejo, en un brillantísimo trabajo (219), se ocupó de esa eventual disparidad, mirándola desde el ángulo de los artículos 1.056. § 1.º y 1.075, con interesante y personalísimo enfoque. A dicho trabajo nos remitimos por lo que se refiere al examen de la opinión de los autores y de la posición jurisprudencial, que sólo resumiremos en sus líneas generales.

La mayor parte de los autores—López R. Gómez (220), Falcón (221), Manresa (222), Scaevola (223), Maura (224), Covián (225), De Buen (226), Castán (227), Bonet (228), Marín Lázaro (229), Roca Sastre (230), Gómez Morán (231)—entienden el

(219) Op y loc. cit., Segundo aspecto: «La partición debe llevar a la práctica el acto dispositivo», págs. 928 y ss.

(220) *Tratado teórico legal del Derecho de sucesión*, T. II (Valladolid, 1893, páginas 261 y s.). Donde concluye que «la disposición transcrita presenta tres aspectos: uno absoluto en cuanto concede al testador la facultad de hacer por sí mismo la división, con carácter obligatorio para los herederos; otro, como consecuencia inmediata de ese carácter, que niega a los mismos herederos el derecho de pedir la práctica de aquélla; y el tercero, que impone una limitación en el ejercicio de aquella facultad, fundada en el respeto que merece el derecho excluyente de los herederos forzosos...»

(221) *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral* (5.ª edición, Barcelona, 1897), pág. 441.

(222) Op. cit., vol. VII (6.ª ed., Madrid, 1943), pág. 637.

(223) Op. cit., vol. XVIII (Madrid, 1901), pág. 445.

(224) *Dictámenes*, T. IV (Madrid, 1930), pág. 260. Por lo menos en el supuesto de que la partición se halle contenida en testamento, pues dice: «Cuando un testamento encierre adjudicaciones específicas mal acomodadas a los nombramientos de herederos o legatarios fácilmente se impondrán aquéllas sobre estos, según la intención que forma el alma de la verdadera ley sucesoria.»

(225) *Partición de herencia*, en «Enciclopedia jurídica española», Editorial Seix, T. XXIV, págs. 359 y 382.

(226) *Notas al Curso elemental de Derecho civil*, de COLIX Y CAPITANT, T. VIII, Madrid, 1908, pág. 433.

(227) Op. cit. (4.ª ed. para Notarías, Madrid, 1939), I-2.º. Su opinión parece darla a entender por la forma y lugar en que transcribe al art. 1.075 (pág. 535).

(228) Comentando la S. de 6 de marzo de 1945, en el citado volumen de la Rev. de Dr. Priv., pág. 450.

(229) *La partición de herencia hecha por acto «inter vivos»*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., T. CLXXVI, 2.º semestre de 1944, pág. 231. Hay que tener en cuenta que la posición de MARÍN LÁZARO parte de su personal interpretación del art. 1.056.

(230) *Derecho hipotecario* (Barcelona, 1948), T. II, pág. 620; *Estudios de Derecho privado*, T. II (Barcelona, 1948), pág. 381, y notas al *Derecho de sucesiones*, de KIPP, II, § 86, IV, 1, págs. 34 y s.

(231) *Tratado teórico práctico de particiones (El ejecutor testamentario en el Derecho comparado)*, Madrid, 1950, págs. 250 y ss.

artículo 1.056, en el sentido de que concede al testador una facultad amplísima para hacer la partición, sin otro límite que el respeto debido las legítimas.

Sánchez Román (232) y Valverde (233) distinguen la partición hecha por el causante en el mismo testamento, o en otro posterior, y la verificada en acto inter vivos. «Si la partición está hecha inter vivos—dice el segundo de estos autores—puede ser nula, rescindible o modificable, cuando no se ajuste al testamento del causante, puesto que éste es la verdadera ley, y la partición no puede ser acto modificativo del testamento; pero si la partición fuera hecha a continuación del testamento o por otro posterior con las solemnidades para testar, habrá que atenerse a ella por lo mismo que esta voluntad es la última y posterior del testador y, por consiguiente, puede prevalecer sobre la expresada en el testamento.» Concluyendo Sánchez Román que «será nula, rescindible o modificable la partición formada por el propio testador, cuando sea hecha por actos inter vivos y no se ajuste exactamente a la ley que debió regirla que es el testamento del mismo, pues no habiéndose observado las solemnidades de Derecho en la partición que hizo el testador, sino las de los actos inter vivos, no obstante ser notorio el cambio de voluntad, carece de eficacia legal la manifestación de la misma realizada en el segundo acto de partición para revocar la consignada en el primero de institución o disposición testamentaria, otorgada con arreglo a Derecho». «Lo absoluto de los términos literales del artículo 1.056, al decir *se pasará por ella*, refiriéndose lo mismo a la partición que el testador hiciera por actos inter vivos que por última voluntad, sin más limitación expresa que la de que no se perjudique la legítima de los herederos forzosos, pudiera creerse que se opone a esta doctrina; pero no debe entenderse así, si se tiene en cuenta que equivaldría a echar por tierra todas las formas de testamentación y a autorizar que se testara en este caso sin las debidas solemnidades.»

Con mayor generalidad, afirma De Diego (234) que «esa autoparticipación del testador puede estar en contradicción con su testamento, cuya ejecución representa (a menos que hecha en otro acto con las solemnidades del testamento implique una modificación del anterior), o con las bases en él establecidas, en que la misma voluntad se informe; puede también por el tiempo transcurrido desde que se hizo hasta la muerte del testador, haber variado la composición del patrimonio (enajenaciones, accesiones) y aun de la familia misma por muerte de uno de ellos o por supervivencia de hijos. En tales casos, como si la partición es-

(232) *Estudios de Derecho civil*, VI-5.º (2.ª ed., Madrid, 1910), págs. 1087 y siguiente.

(233) *Tratado de Derecho civil español* (4.ª ed., Valladolid, 1930), T. V, páginas 565 y ss.

(234) *Instituciones de Derecho civil español* (Madrid, 1932), T. III, página 249.

tuviera desprovista de requisitos legales, parece justo otorgar a tales herederos el derecho a impugnarla o modificarla y aun a promover el juicio de testamentaria, como ya fué reconocido por la jurisprudencia (S. 29 noviembre 1899), para caso anterior al Código civil, en que se aplicaba la legislación antigua» (235).

Albaladejo (236), con toda decisión, se suma a la opinión de estos últimos autores, afirmando que «la partición, *hágala quienquiera*, no supe al testamento, ni menos se le antepone ni puede subsistir cuando no guarde conformidad con las disposiciones de aquél y se ajuste a ellas». Claro que, como ellos, reconoce (237) que «si la partición se hizo en el testamento, ya no son, como en el caso anterior (cuando la partición se hizo en acto «inter vivos»), partición y disposición casi como dos compartimientos estancos. No existe un límite tajante y preciso en el cual deban acabar las cláusulas de disposición. No han de existir tampoco por completo independientes de aquéllas unas cláusulas única y exclusivamente partitivas. Ambas pueden compenetrarse. La voluntad que revela la cláusula dedicada especialmente a la partición no sólo puede servir para interpretar la manifestación de voluntad dispositiva, sino que estas mismas cláusulas, en cuanto reúnan las solemnidades testamentarias, pueden encerrar una verdadera manifestación de voluntad dispositiva. De ellas se pueden extraer elementos que, combinados con los otros términos del testamento, modifiquen el sentido que se creyó ver en la voluntad de disposición manifestada en las cláusulas particularmente dedicadas a disponer». Mientras que, en cambio, los términos en que esté concebida la partición realizada por actos «inter vivos», «sólo nos sirven como elementos de interpretación; pero la voluntad que de ellos se colija ha de poder entenderse que se manifiesta en el testamento para que sea eficaz».

Pero este autor, a diferencia de los anteriores, hace entrar en juego, en apoyo de su tesis, al artículo 1.075 del Código civil, dándole una interpretación distinta a la admitida hasta ahora por la doctrina. Veamos su razonamiento:

No discute el sentido de los precedentes legislativos de esta cuestión—Proyecto de 1851—, pero atribuye a la actual redacción de Código civil significado diferente al que aquéllos tuvieron.

El Proyecto establecía a este respecto: Artículo 899: «Cuando el difunto hizo por acto entre vivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos.» Artículo 918: «La obligación

(235) Notemos, no obstante, que la citada S. 29 de noviembre de 1899 admite el juicio de testamentaria, *si es promovido por herederos forzosos, lesionados en sus derechos legítimos* en la partición hecha por el testador. Los datos subrayados excluyen el sentido que DE DIEGO pretendió atribuir a este fallo.

(236) Loc. cit., pág. 973.

(237) Pág. 964 y s.

señalada en el artículo anterior (referencia a la evicción y saneamiento de las cosas adjudicadas) cesa cuando el mismo difunto hizo la partición, a no ser que aparezca o racionalmente se presume haber querido lo contrario.» Artículo 923: «La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, salvo las excepciones de los artículos 899 y 918.»

El Código vigente dispone: Artículo 1.056, § 1.º: «Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.» Artículo 1.070: «La obligación a que se refiere el artículo anterior (obligación de evicción y saneamiento) sólo cesará en los siguientes casos: 1.º Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca, o racionalmente se presume, haber querido lo contrario, salva siempre la legítima...» Artículo 1.075: «La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o que aparezca, o racionalmente se presume, que fué otra la voluntad del testador.»

Albaladejo anota las siguientes diferencias entre los transcritos artículos del Proyecto de 1851 y del vigente Código civil:

1.º El artículo 899 del Proyecto hab'aba del *difunto*, mientras que el artículo 1.056 del Código sólo alude al *testador*; es decir, al causante que haya otorgado testamento (238). 2.º El ar-

(238) Respecto a la cuestión de la posibilidad de realizar la partición de la herencia sin otorgar testamento se han sustentado por la doctrina tres distintas posiciones:

a) Según MARÍN LÁZARO (loc. cit., págs. 213 y ss.), puede hacerse la partición por acto *inter vivos* sin necesidad de apoyarse en las disposiciones de algún testamento, ni de seguir las normas de la sucesión abintestato. A su juicio, «el art. 1.271, permitiendo los pactos sobre la herencia futura en los términos del art. 1.056, da a entender que no es siempre el testamento la única forma insustituible de dictar disposiciones testamentarias».

A nuestro juicio la distribución de bienes *inter vivos* a que MARÍN LÁZARO se refiere, cae fuera del ámbito del art. 1.056. Pero eso no implica que no sea válido distribuir totalmente el caudal presunto de una persona (reservándose el mínimo preceptuado en el art. 634 C. c., que conforme al mismo puede consistir en un usufructo) mediante donaciones *inter vivos* declaradas no colacionables, como también por medio de donaciones *mortis causa*, con o sin entrega de bienes (Ver lo que al efecto dijimos en la nota 355 de nuestro trabajo *La donación «mortis causa» en el Código civil español*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, IV, págs. 770 y s.).

Lo que ocurre es que en estos supuestos no hay verdadera división de la herencia, sino sólo distribución entre vivos del caudal actual del donante realizada a través de actos *inter vivos*, o bien una serie de donaciones *mortis causa* que agotan la herencia distribuyéndola previamente. Ninguna de estas distribuciones implican que la cualidad de heredero se dé en los donatarios. Ni excluye que puedan existir otros herederos que no reciban activo. Estos, de ser herederos forzosos, podrán reclamar por inoficiosidad de las donaciones, pidiendo la pertinente reducción. Y de serlo voluntarios, pueden repudiar la herencia, aceptarla a beneficio de inventario o bien pura y simplemente, pechando en este caso con todas las relaciones pasivas del causante, aparte de recibir el activo no distribuido, si lo hubiere, o si aparecieren nuevos bienes posterior-

tículo 923 del Proyecto sólo admitía dos supuestos de rescisión de la partición hecha por el difunto: cuando perjudique a la legítima de los herederos forzosos, y en caso de que aparezca o racionalmente se presuma que el causante quiso que entrara en juego la obligación de evicción y saneamiento. Este segundo supuesto se recoge en el número 1.º del artículo 1.070 del Código. El primero, en el artículo 1.056, y en el primero de los dos supuestos señalados en el artículo 1.075 C. c. (239). 3.º Al segundo supuesto del artículo 1.075, «que aparezca, o racionalmente se presuma, que fué otra la voluntad del testador», por lo tanto, debe dársele un sentido distinto al de las palabras finales del artículo 918 del Proyecto: «que aparezca, o racionalmente se presuma, haber querido lo contrario» (240).

En las transcritas palabras «que aparezca, o racionalmente se presuma, que fué otra la voluntad del testador», está la clave de la interpretación de Albaladejo. La mayoría de la doctrina ha entendido qué significan que «aparezca, o racionalmente se presuma, haber querido el testador que su partición pueda ser impugnada por lesión»; es decir, lo contrario de lo previsto en la pro-

mente adquiridos por el causante o por él ignorados. En cambio, la partición practicada al amparo del art. 1.056 requiere como presupuesto que se trate de división de herencia y, por tanto, que los distributarios ostenten la cualidad de herederos, o, por lo menos, que uno o varios de ellos lo sean, siendo los demás legatarios de parte alicuota.

b) Apoyándose en la Sentencia de 13 de junio de 1903, DE BUEN (loc. cit., página 434) y ROCA SASTRE (*Estudios...*, vol. cit., pág. 379), parecen entender que cabe practicar la partición en el art. 1.056, teniendo como pauta las normas de la sucesión abintestato.

c) Finalmente, la mayor parte de la doctrina (LÓPEZ R. GÓMEZ, MANRESA, SCAVOLLA, SÁNCHEZ ROMÁN, COVIÁN, DE DIEGO, VALVERDE, CASTÁN, BONET, ALBALADEJO, GÓMEZ MORÁN, etc.) han entendido que solamente puede partir el testador. Así lo ha confirmado la jurisprudencia en Sentencias de 6 de marzo de 1917 y 6 de marzo de 1945. «La doctrina científica patria más generalizada —dice en uno de sus considerandos el último fallo citado—, acomodándose a los precedentes de nuestro Derecho y fundándose, entre otras consideraciones, en la del lugar que la regulación de la partición hecha por el testador ocupa en el Código y la dicción, referida premeditadamente al testador (no al difunto, como decía el artículo 809 del Proyecto de 1851), entiende, en el sentido expuesto, que se trata en esencia de una pura división hereditaria, la cual, aunque pueda revestir dos formas, implica un acto de última voluntad. Siguiendo esta misma orientación, la doctrina de esta Sala tiene declarado: que la facultad que concede el art. 1.056 supone y requiere un testamento previo o ulterior, en el que se disponga o se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley, o sean, las de la sucesión intestada (Sentencias de 13 de junio de 1903 y de 6 de marzo de 1917...)» Forma en la que entiende, o desvía, el sentido de la primera de estas Sentencias, suponiendo que su referencia a la necesidad de atemperarse a las normas de sucesión intestada a falta de expresa disposición, testamentaria, debe hacerse precisamente en testamento, no bastando su observación en una partición hecha en acto *inter vivos* no apoyada en testamento anterior o ulterior (Ver el comentario de la Sentencia de 6 de marzo de 1945 por BONET, Rev. Dr. Priv. cit., y el «Primer aspecto» del referido trabajo de ALBALADEJO, loc. cit., págs. 924 a 927).

(239) Loc. cit., pág. 952.

(240) Loc. y pág. últ. cit.

posición inicial del precepto (241). En cambio, Albaladejo, apoyándose en la diferencia que media entre las expresiones «haber querido lo contrario» y «que fué otra la voluntad del testador», cree que esta última alude al supuesto de «que la partición discrepa de la disposición» (242). Contraponiéndole al efecto la palabra *difunto*, que en su comienzo emplea el artículo 1.075, y la palabra *testador*, con la que concluye el mismo precepto, y les atribuye un valor distinto, preciso y revelador. Para deducir que «al hablar en un mismo artículo de una misma persona, designándola como *difunto* y como *testador*, implica... que al decir *testador* se debe entender claramente excluida la voluntad no testamentaria del testador». Por ello, concluye: «La otra voluntad del testador», nos parece indudable se refiere a «otra voluntad». Referirse a otra voluntad del testador, dicho hablando de la partición, y tratando precisamente de la impugnación por lesión, no es ni más ni menos que decir «que el testador haya querido otra cosa distinta de lo que la partición ejecuta», o sea que la voluntad *dispositiva* del testador sea distinta de lo que se lleva a la práctica en la partición» (243). Entiende que, «ciertamente, siempre que la partición discrepe de la disposición, hay lesión, y siempre también que haya lesión es, por lo menos, presumible racionalmente que el testador quiso que la partición fuera impugnabile por lesión, puesto que *toda lesión coincide con el hecho de que la voluntad del testador fué otra*».

Al llegar aquí, nos parece que Albaladejo, sin dars cuenta, nos patentiza el fallo de su ingeniosa interpretación. Si la existencia de *lesión* coincide con el hecho de que la *voluntad del testador fué otra*, el artículo 1.075, así interpretado, vendría a de-

(241) Así: LÓPEZ R. GÓMEZ, op. y loc. cit., pág. 320; MANRESA, op. y vol. cit., pág. 760 en rel. con las págs. 638 y 749; SCAEVOLA, op. y vol. cit., página 448; SÁNCHEZ ROMÁN, op. y vol. cit., pág. 2114; GÓMEZ MORÁN, op. cit., página 271. En sentido distinto, ROCA SASTRE: *Estudios*... (II, pág. 383 y notas al *Kipp*, II, pág. 35), entiende que las palabras «que fué otra la voluntad del testador» se refieren a que haya habido *error* del causante al hacer la partición.

(242) Págs. 053 y ss., especialmente pág. 957.

(243) La tesis radicalmente contraria es cuestionada por GÓMEZ MORÁN (loc. cit., págs. 251 y ss.), que llega a las siguientes conclusiones: «1.ª La partición hecha por el testador forma con su testamento un solo cuerpo jurídico, aunque se verifiquen estos actos por separado y en momentos distintos.—2.ª Por virtud de lo que antecede, los dos actos expresan la voluntad del testador.—3.ª Su interpretación debe hacerse de acuerdo con el artículo 675, haciendo prevalecer la intención sobre las palabras.—4.ª No existe razón alguna *a priori* para otorgar preferencia a un acto sobre otro, caso de discordancia.—5.ª Empero, la fecha de los respectivos documentos puede servir a estos efectos, dando preferencia al más moderno sobre el más antiguo.—6.ª Como elemento esencial de la interpretación deben utilizarse los artículos 1.281 y ss. C. c., en cuanto sean aplicables al caso.»

Además, entiende que «el artículo 1.050 supone una excepción a la regla general contenida en el artículo 672, puesto que puede tratarse de documentos privados que no contengan las características exigidas para los testamentos olografos, pese a lo cual producen efectos en el orden sucesorio».

cir: «La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada *por causa de lesión*, sino en el caso de que perjudique a la legítima de los herederos forzosos, *o de que haya lesión*». La antinomia, que así resultaría existir, entre la regla general del precepto y su segunda excepción, sería tan total y absoluta, que se pone en evidencia lo absurdo de esa interpretación.

Para que haya lesión en cualquier partición es necesario y suficiente—aparte la lesión de las legítimas—que la partición no se acomode a la disposición. Por lo tanto, si el artículo 1.075 dispone que la partición hecha por el testador no pueda ser impugnada por causa de lesión, es que quiere que no sea impugnada aunque la partición no se acomode a la disposición. Sería absurdo que, después de sentar esta regla general, su segunda excepción la derogase totalmente, diciendo precisamente lo contrario con igual extensión e intensidad. Las palabras «o que aparezca, o racionalmente se presuma, que fué otra la voluntad del testador», sólo puede significar que «aparezca, o racionalmente se presuma, que el testador quiso que la partición por él verificada se pudiera impugnar por causa de lesión». Es decir, que expresamente quiso cosa distinta a la determinada en la regla general expresada en el encabezamiento del propio precepto legal. Excepción que delimita, pero no borra ni elimina, la regla general que presume—en el causante-partidor una intención determinada. Pero sólo con presunción *iuris tantum*; que, por lo tanto, admite prueba en contrario. Entendiéndose por prueba no sólo la expresa declaración del testador, sino cualquiera otra indiciaria que sea racional. Es decir, que racionalmente se presuma que quiso otra cosa, que fué otra su voluntad, distinta de la que se traduciría en aceptar la no impugnabilidad por lesión de la partición por él verificada. No basta, por tanto, que exista disparidad entre la disposición y la partición hechas por el testador. Para poder impugnar ésta por lesión hace falta, además, que resulte, o racionalmente se deduzca, que el propio causante quiso que esa disparidad fuera motivo suficiente para dar lugar a la impugnación por lesión.

Antes hemos reconocido que teóricamente es intachable la distinción entre disposición y partición. No obstante, prácticamente, hemos visto cómo el mismo Albaladejo reconoce que no siempre es neta y diáfana, ya que cuando la partición se contenga en testamento puede encerrarse en ella una voluntad dispositiva. Ahora vamos a observar que, en la aplicación práctica del artículo 1.056, se enturbia esa distinción por la relatividad que suponen la determinación de cualquier valor y la precisión del momento de su fijación.

Además, existe otra cuestión que se plantea igualmente, tanto si la partición se hizo en documento «*inter vivos*» como si se ordenó en testamento. Es la relativa a la mutación del valor de las hijuelas en el tiempo comprendido entre la partición y el falleci-

miento del causante. Nota al efecto Albaladejo (244) que los bienes que se distribuyen en cualquier partición no hecha por el testador, lo mismo que su valor, «no han estado expuestos a la alteración y cambio a que lo están, tanto ese valor como las propias cosas adjudicadas, en la hecha por el testador, cuyos cambios y alteraciones es injusto que los sufra aquél cuyos no son todavía los bienes».

«Todo ello quiere decir—concluye Albaladejo (245)—que verdaderamente serán muchos más los casos en los que la partición hecha por el testador produzca lesión que aquellos otros en que la produzcan las otras particiones. Y, por tanto, que serán muchas más las lesiones que se queden sin reparar—las que no superen la cuarta parte (246)—en aras de un principio de estabilidad de la partición, para cuya defensa se podrían arbitrar otros medios—indemnización, por ejemplo—que, permitiendo conseguir el mismo fin, dejasen a salvo los derechos que con el procedimiento de lesión en más de un cuarto se sacrifican».

Ahora bien, ¿quiere decir con esto Albaladejo que toda partición hecha por el testador, aun la contenida en el testamento, debe rescindirse si, por mutación en los bienes o en su valor, resulta al fallecer el testador un desnivel entre la cuota dispuesta y el haber adjudicado a un heredero que supere la cuarta parte de aquélla? ¿O que solamente la rescisión podrá tener lugar si dándose las indicadas circunstancias la partición se hizo por acto «inter vivos» y no en el propio testamento?

Si quiere significar eso último, observaremos que no hay razón suficiente para justificar esa diferencia de trato, entre la partición hecha por acto inter vivos y la reglada en testamento, si aquella inicialmente estaba totalmente acomodada a la disposición testamentaria. Si contrariamente fué lo primero lo que quiso afirmar, tendremos que recordar la fuerza dispositiva, rebosante del ámbito interpretativo, que él mismo reconoce a la partición cuando se halla contenida en el propio testamento.

Además no pueden olvidarse las siguientes consideraciones:

(244) Pág. 966.

(245) Pág. 967.

(246) ALBALADEJO (ver págs. 964 a 967) afirma que en el supuesto de partición hecha al amparo del art. 1.056, la lesión, que a su juicio permite pedir la rescisión, debe ser de más de la cuarta parte, como en los supuestos del art. 1.074. Pues reconoce que, desde luego, lo que «no es admisible frente al 1.056 es suponer que el deseo del legislador fuese hacer dicha partición más fácilmente atacable que los demás». Y que «eso mismo es lo que deduce también de la relación entre los arts. 1.074 y 1.075». No obstante, asegura que habría razones para rechazar ese criterio de que la partición del testador sólo sea rescindible por lesión de más de la cuarta parte y para exigir el abono de diferencias en todo caso de lesión, ya que estima que la especial naturaleza de esta partición la hace más falta de garantías (por la no intervención de los interesados y de seguridad (debido a que el momento de esta partición es anterior a la fecha del fallecimiento del causante).

1.º En Derecho sucesorio la voluntad del testador es ley de la sucesión, en cuanto no choque con normas de Derecho necesario. Conforme al art. 703: «El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos. El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la Sección quinta de este capítulo.» Es decir: *que el testador fuera del límite de las legítimas puede disponer libremente*.

2.º No es esencial que los herederos reciban una parte del activo hereditario exactamente proporcional a sus cuotas respectivas. El testador mediante el otorgamiento de legados y mejoras, o de donaciones no colacionables, puede dar lugar a dicha desproporción. Incluso en las donaciones colacionables su valoración, referida al momento del otorgamiento de las mismas, aplicada en el acto particional puede suponer en ciertos casos una evidente desproporción entre la cuota hereditaria y el activo recibido.

3.º Partiendo de esas dos premisas, no vemos inconveniente en que el testador, que tiene libertad de disposición de sus bienes, mientras no lesione las legítimas debidas, pueda verificar la partición dando a los bienes el valor que subjetivamente estime que les corresponda, y tampoco vemos obstáculo en que pueda realizar dicha valoración refiriéndola a cualquier otro momento distinto del de la delación (247).

Esta última afirmación requiere alguna aclaración. Es sabido que el concepto de valor es relativo. Gide (248), transcribiendo a Ricardo, al que califica como el más profundo pensador de la ciencia económica, afirmó: «Cada hombre tiene su módulo particular para apreciar el valor de sus goces, y este módulo es tan variable como el carácter humano». Científicamente, después de transcurridos ochenta años, desde que Stuart Mill afirmó que la teoría sobre valor había quedado completa con sus conclusiones, el citado Gide, calificando de temeraria esa afirmación, nos confiesa que «son innumerables las teorías nuevas sobre el valor, sin que pueda afirmarse que ninguna de ellas sea definitiva». Tenemos un valor en uso, un valor de producción, un valor de reproducción (es

(247) ROCA SASTRE (notas al *Kipp*, II, § 85, IV, I, pág. 34), dice: «El testador puede señalar el valor que en la partición haya de ser atribuido al bien o bienes hereditarios objeto de dicha asignación o imputación por él dispuesta. Puede hacerlo, pues, en este caso, al igual que cuando verifica la partición total, goza de amplia libertad, según declara la Sentencia de 6 de marzo de 1945, no sólo en la composición cualitativa de los lotes, sino también en la distribución valorativa. El único límite a esta libertad es el perjuicio de las legítimas (arts. 1.056, ap. 1. y 1.075), si bien la partición tampoco prevalece cuando aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador (art. 1.075).»

(248) *Curso de Economía política*, traducción al español de CARLOS DOCTEUR y JOSÉ MUÑOZ ESCÁMEZ (8.ª ed., París, 1932), págs. 59 y ss.

decir, por el coste de producción en el día de la fecha de una cosa igual a la valorada), un valor en renta, un valor en cambio. Y cada uno de estos valores es igualmente relativo: subjetivo el primero, variables casi todos los demás según las circunstancias de tiempo, lugar, oportunidad, etc., o según los intereses concretos que tengan comprador y vendedor, o la necesidad sentida por éste y por aquél.

Tratándose de disposiciones de Derecho necesario la ley no puede dejar los problemas de valoración, que puedan plantearse, a la particular apreciación de una sola de las partes interesadas. En esos supuestos la valoración debe hacerse lo más objetivamente posible. En caso de entablarse el litigio será el juzgador quien deba resolver, atendiendo a las cotizaciones y demás datos oficiales o a las tasaciones hechas por peritos rítamente nombrados.

Pero en el campo de la libre disposición del causante no hay razón para imponerle ningún criterio de valoración, aunque sea más objetivo que el suyo. Su voluntad es ley de la sucesión tanto para disponer como para asignar bienes, como para valorarlos y elegir el momento de dicha valoración.

Su único límite lo constituye el respeto a las legítimas debidas. Sólo ante el cálculo de éstas se detiene su libertad de valoración y de elección del momento al que debe referirse. La legítima es institución de Derecho necesario, su cálculo debe hacerse conforme la ley ordena y en el momento por ella determinado (249). Si al hacerlo surgen cuestiones debidas a la relatividad de las valoraciones es el juzgador quien debe resolverlas.

Aquí está la clave de una de las diferencias prácticas que separan las operaciones jurídico-contables propiamente llamadas *computación e imputación para cálculo de la legítima*, de las verificadas a efectos de la *colación* de donaciones o de los legados que sean colacionables (250) y de las *computaciones e imputaciones hechas para distribuir el haber partible, sin rozar legítima alguna*, cuando el causante haya fijado el valor de imputación de algún bien por él adjudicado o incluso de todo el caudal.

En la tercera parte de este trabajo insistiremos sobre este punto, del que vamos a adelantar alguna idea.

En los cálculos que se verifiquen para fijar el valor de las legítimas y apreciar la oficiosidad o inoficiosidad de donaciones y legados, no puede tomarse más momento de determinación que

(249) En este sentido, en su cuarto considerando, la Sentencia de 29 de noviembre de 1880, relativa a un pleito anterior al Código civil, afirmó «que no puede tomarse como base para el avalúo lo consignado por el testador, y mucho más siendo muy anterior a la época en que se abrió la sucesión, porque es indispensable conocer los aumentos y menoscabos que hayan tenido los bienes para poder liquidar la herencia y *ver si las mejoras hechas caben o no en el tercio y quinto del caudal relicto*».

(250) En nuestra conferencia *La mejora tácita hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición*, planteamos esa distinción entre colación, computación e imputación (VIII-5).

aquel que la ley señale. Es decir: el instante de la delación para todos los bienes, excepto los donados que, por innovación del Código civil, son computados según el valor que tuvieren en el momento de la donación. No puede señalarse otro valor, en conformidad con el legitimario, que aquel que resulte en juicio.

Mientras, por el contrario, si bien el cálculo hecho para fijar el haber partible y distribuir el caudal, en principio debe referirse al momento de hacerse la partición—regularmente de fecha posterior a la delación—, y, en cambio, el que se haga a efectos de la colación de las donaciones, normalmente se refiere al momento del otorgamiento de la donación colacionada (art. 1.045 C. c.) (251), no hay obstáculo en que el testador, que incluso puede dispensar la colación, pueda prefijar las valoraciones a su arbitrio, así como referirlas a otro momento cualquiera, con tal que no lesione los derechos de los legitimarios ante los que encuentra su límite la libre disposición del *decurius* (252).

(251) Sobre la interpretación y crítica del art. 1.045, C. c., ver MARIN MONROY: «La colación, historia y crítica de los problemas de valoración», en Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. IV, págs. 131 y ss., y el sabroso comentario de esta conferencia, escrito por Núñez Lagos, en el T. CLXXX (2.º semestre de 1946) de la Rev. Gral. de Leg. y Jur., páginas 722 y ss.

Sabiendo es que el criterio que podríamos llamar clásico atendía al instante de la muerte del donante para la determinación del valor en colación de las donaciones sujetas a ella; mientras que en el Código civil, a dicho efecto, se fija el momento de la donación. En el sistema clásico se restaba del valor fijado el correspondiente a las mejoras debidas a industria o capital del donatario, siendo la diferencia la cantidad colacionable; o se adicionaban a aquel valor la disminución sufrida por deterioros debidos a culpa del mismo, siendo entonces la suma obtenida la cantidad colacionable. Teniendo en cuenta esta rectificación de la valoración, calculada en relación a la fecha de la delación, se observa que la diferencia que pueda existir entre el cálculo hecho en esta forma y el fijado en el momento de la donación se traduce: a) En el plus valor debido a accesión natural o a la mera revalorización por razones naturales o económicas del bien a colacionar (v. gr., mejoras de comunicaciones en su sector, expansión de una urbe, obras públicas de riego que beneficien la zona, incluso que ésta se haya puesto sencillamente de «moda», etc.); b) Y el ficticio plus valor producido por la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; es decir, por *minus valor* de ésta.

En el régimen vigente es evidente que la primera plusvalía no afecta a la cifra de colación. Es decir, el verdadero plus valor no es colacionable. Más discutible es la cuestión relativa al falso plus valor o plusvalía aparente por la desvalorización de la moneda. Desde luego, nos parece justa la tesis de Rafael Núñez Lagos. Si dos medidas conexas—como son la valoración de los bienes colacionables y la del resto del caudal partible—se verifican referidas a momentos distintos, lo menos que puede exigirse es que se tomen con igual unidad. Con unidad de igual medida, no con una unidad de idéntico nombre, pero que haya cambiado de peso, de dimensión o de valor.

(252) Por lo demás, al estudiar las hipótesis de disparidad entre el valor de la cuota testamentariamente atribuida y el de la adjudicación que el mismo causante hiciera a un heredero determinado, creemos que no cabe más remedio que examinar cuidadosamente las causas de dicha disparidad. Sólo así podremos confrontar debidamente cada supuesto con la *ratio* de los preceptos aplicables.

En primer lugar debemos distinguir los casos de disparidad originaria y los

Así resulta del art. 1.046 Ley Enjuiciamiento Civil: «Si el testador hubiere establecido reglas distintas de las ordenadas en esta ley para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, los herederos voluntarios y los legatarios deberán respetarlas y sujetarse a ellas. Lo mismo deberán hacer los herederos forzosos siempre que no resulten perjudicados o gravados en sus legítimas.»

La jurisprudencia ha confirmado que no cabe rescisión por lesión de las particiones hechas por el testador, a no ser que resultare perjuicio en las legítimas de los herederos forzosos o que aparezca o racionalmente se presuma que el testador quiso que fuera posible dicha rescisión. Especialmente es de interés, en éste como en otros extremos relativos a la partición hecha por el testador, la magistral Sentencia de 6 de marzo de 1945, de la que fué ponente el maestro Castán. En ella se afirma que el Código otorga al testador una amplia libertad, no sólo en la *disposición*

de desequilibrio sobrevenido. Dentro de estos últimos es ineludible distinguir los que sean consecuencia de alguna mutación física de cualquiera de los elementos—personales o reales—de la relación y los originados por variación de valores.

a) Supuestos de disparidad originaria:

Para resolver los problemas que estos supuestos suscitan, debe tenerse presente, en primer término, la *ratio* de la disposición que ordena pasar por la partición hecha por el testador en cuanto no perjudique a las legítimas, y, asimismo, la finalidad principal que persiguen quienes utilizan el referido medio legal para la distribución de su herencia.

Uno y otra, sin duda, obedecen a la intención de evitar litigios y odiosas cuestiones entre los herederos. «Dejar todo perfectamente claro para que en su día no pueda haber cuestiones entre los hijos», como suelen expresarnos los testadores al manifestar su intención de otorgar un testamento particional.

La admisión en todo caso de la rescisión por lesión frustraría esta finalidad tanto como contrariaría la expresa voluntad particional del causante.

Pero el art. 1.075 admite que pueda darse dicha rescisión cuando «aparezca o racionalmente se presuma» que el testador así lo quiso. Estamos, pues, ante un problema de interpretación de la voluntad del testador, cuya solución puede ofrecernos, en caso de ser afirmativa esa voluntad, una excepción de la enunciada regla general.

Por lo demás, también cabe que se exprese, o que pueda deducirse racionalmente, la voluntad del mismo testador de que las disparidades existentes entre disposición y partición sean niveladas mediante el abono de las correspondientes diferencias en metálico.

Varios datos pueden revelar claramente la voluntad del testador: Su adhesión a la regla general de firmeza de la partición puede expresarse claramente; v. gr.: excluyendo el abono de diferencias en metálico por razón de la falta de correlación que pueda existir en el valor real de las respectivas hijuelas; o disponiendo que se entiendan dichas diferencias como mejoras o legados dispuestos a favor de los que resulten favorecidos con ellas; o, simplemente, cuando el causante señale valor a los bienes que adjudique, y esos valores guarden perfecta ecuación con relación a la proporción en que se hayan atribuido las respectivas cuotas. De este último modo, el causante demuestra que la partición que ha hecho con su propio y personal criterio subjetivo de valoración se ajusta perfectamente a su disposición testamentaria.

La voluntad de que sean abonadas diferencias en metálico, en caso de darse una posible disparidad entre atribución testamentaria y adjudicación parti-

cualitativa de los lotes, «sino también en la *distribución volorativa*, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte.» Y, que si en el recurso, la rescisión pretende orientarse «hacia la lesión anormal o en más de la cuarta parte, al amparo de los artículos 1.073 y 1.074 del Código, chocará irremisiblemente... con el obstáculo insuperable que el artículo 1.075, como *lex specialis*, opone a la aplicación de esos otros invocados artículos 1.073 y 1.074».

Es cierto que la Sentencia de 13 de junio de 1903, en uno de sus considerandos, afirmó que «la partición así hecha habrá de realizarse sobre la base de una sucesión testamentaria o legal a cuyas *reglas fundamentales y llamamientos de los interesados* deberá acomodarse la partición». Pero fijémonos bien en que ese considerando sólo habla de «las reglas fundamentales» y de los «llamamientos de los interesados». Ello es lógico, pues, para la eficacia la partición hecha al amparo del art. 1.056 se requiere que sea otorgada en testamento, o bien que se apoye en un testa-

cional, puede manifestarse expresamente o deducirse racionalmente; v. gr.: en caso de que la suma de las valoraciones verificadas por el testador en cada hijuela arrojen cantidades que no guarden entre sí la proporción correspondiente a las cuotas hereditarias señaladas.

Notemos que, entre las conjeturas clásicas, para deducir racionalmente la voluntad del testador favorable a que tuviese lugar la obligación de evicción entre los coherederos, a los que él mismo distribuyó su herencia, figuraba la derivada del hecho de resultar patente que el testador quiso en todo caso que se mantuviese la más absoluta igualdad entre sus hijos. Así lo observó Gregorio López (Gl. a las palabras «partiese el mismo», de la ley 9, título XIV, Partida sexta). Hoy esta conjetura puede extenderse a todo supuesto de lesión; así lo han entendido, v. gr., García Goyena (op. y vol. últ. cit., pág. 277), interpretando el art. 923 del Proyecto de 1851, y Scaevola (op. y vol. cit., página 447), trasladándola a la exégesis del art. 1.075, C. c.

Pero, cuando falte todo indicio racional, favorable o desfavorable a la adhesión del testador a la regla general de los arts. 1.056, § 1.º y 1.075, C. c., no habrá más remedio que atenerse a ésta. Hay que estimar que el testador así lo quiso al no hacer salvedad alguna en su partición. Y tanto más en los casos en que dicha división la hizo o la ratificó, aunque fuera en términos generales, en testamento.

No obstante, sin duda, la existencia de un extraordinario desequilibrio entre las disposiciones y atribuciones particionales podrá ser un indicio, a valorar por el juez, de la existencia de algún vicio en la voluntad del testador, o simplemente en su declaración expresada.

b) Supuestos de disparidad sobrevvenida:

a) En los elementos personales: Sea por premoriencia, incapacidad o repudiación de algún instituido, sin sustituto designado, o cuya sustitución no tuviere efectividad, o bien por sobreviniencia de algún heredero forzoso o sobrevivencia del que se creyó fallecido.

Para que pueda darse este segundo caso—de sobreviniencia o sobrevivencia—es necesario que en el testamento no se haya preterido al hijo omitido en la partición y que en previsión, en su caso, se haya dispuesto a favor de los posibles herederos forzosos nacidos. También podrá tener lugar este supuesto cuando no se impugne el testamento, sino que se acate a tenor de lo previsto en las Resoluciones de 31 junio 1910 y 31 enero 1913. En estos casos nos parece de clara aplicación analógica, por identidad de *ratio*, la solución

mento anterior o se ratifique en uno posterior. Consiguientemente la partición verificada en acto inter vivos, que tenga por base un testamento anterior, mal podrá apoyarse en éste si no se acomoda a sus «reglas fundamentales» y a «los llamamientos de los interesados» allí dispuestos. Pero eso no significa ni puede significar, si no se quiere privar a esa forma particional de la finalidad principal perseguida al utilizarla, que se limite al testador su facultad de calcular a su libre discreción el valor de los bienes que componen su haber y referirlo al momento que estime conveniente.

Es decir, no se le puede impedir que desarrolle aquellas reglas fundamentales según su personal criterio. ¿Que ello se presta a que indirectamente pueda desvirtuarse la proporción originariamente dispuesta? Es posible. Pero el legislador ha debido optar entre este riesgo y el más común, especialmente prevenido con esa forma particional. Ha querido evitar que entre los herederos se promuevan litigios fundados en la composición y valoración de sus respectivas hijuelas. De no seguirse ese criterio, la seguridad

del art. 1.080. C. c.: «La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le correspondan».

En el supuesto de faltar alguno de los herederos entre los que el testador distribuyó la herencia, parece, a primera vista, de aplicación analógica el artículo 1.081. C. c.: «La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo, será nula». Pero no es así, pues este precepto se basa en el hecho de que en el acuerdo conjunto de voluntades, que presupone toda partición hecha entre los herederos, intervino una voluntad que no debía participar ni influir en aquella convención. En cambio, creemos aplicable el art. 1.079, ya que prácticamente lo mismo es que el causante omita por olvido en la partición alguno de sus bienes como que los asigne a quien no llegó a ser heredero suyo.

β) Por adquisición o aparición de nuevos elementos reales no comprendidos en la partición, lo mismo que por omisión de algunos ya existentes. Creemos aplicable, en este caso con mayor razón que en el anterior, el citado art. 1.079: «La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos».

γ) Mutación en los elementos reales comprendidos en la división, ocurrida, bien sea por accesión natural, por mejoras debidas al causante o terceros sin derecho a resarcirse de ellas, o por reducción de valor debida a evicción, deterioro no imputable al heredero asignatario o por disminución intrínseca de valor. Evidentemente, también en estos casos deberá atenderse en primer lugar a la voluntad del testador, expresa o racionalmente presumida. Pero a falta de expresión, o por imposibilidad de deducir racionalmente cuál fué la verdadera voluntad del mismo, creemos que el criterio legal debe deducirse de lo determinado, para los supuestos de evicción, por el § 1.º del art. 1.070 del Código civil.

δ) En caso de venta de un bien comprendido en la partición, el testador, además de haber podido dejar prevista esta eventualidad en su partición, o en el testamento que le sirvió de apoyo, podrá manifestar su voluntad, no sólo en un nuevo testamento, sino que, además—creemos—, puede expresarla en la misma escritura de venta o en cualquier rectificación de la partición hecha por el expresado motivo.

perseguida por el testador-partidor se frustraría totalmente siempre que la valoración subjetiva que pretendiera sostener cualquiera de los herederos, tal vez menos certera y de apreciación más apasionada que la del testador, discrepase de ésta y el disconforme pretendiere dilucidar judicialmente esa diferencia de criterios subjetivos de valoración (253).

Tal vez nos hemos extendido, hasta aquí, más de lo necesario al objeto de nuestro trabajo. En definitiva nos interesa recoger:

a) La afirmación—reconocida incluso por el más acérrimo defensor de la plena y neta separación entre disposición y división (254)—de que en la partición practicada en el mismo testamento, o en otro posterior, «no existe un límite tajante y preciso en el cual deban acabar las cláusulas de disposición», ni pueden existir tampoco «completamente independientes de aquéllas unas cláusulas única y exclusivamente partitivas»... «ambas pueden compenetrarse», y las cláusulas particionales, «en cuanto reunen las solemnidades complementarias, pueden encerrar una verdadera manifestación de voluntad dispositiva».

b) La aseveración de que lo mismo puede afirmarse de las particiones practicadas por el causante en acto inter vivos y ratificadas en un testamento posterior.

c) Y, finalmente, la conclusión, a que hemos llegado: que en las particiones realizadas por el testador, en acto inter vivos posterior a su testamento, tampoco puede separarse radicalmente lo particional y lo dispositivo. Eso, a consecuencia de la facultad del causante-partidor, de determinar el valor de cada uno de los bienes del caudal, según su criterio personal y subjetivo, y de fijar a su arbitrio el momento de dicha valoración, sin que quepa recurso contra ella más que en caso de lesión de la legítima de algún heredero forzoso.

Mirando objetivamente las particiones hechas por el testador,

(253) Supuesto distinto al estudiado en el texto, se da cuando el testador, sin hacer la completa distribución de sus bienes, asigna a alguno de los instituidos determinado o determinados bienes a fin de que le sean adjudicados con cargo a la participación que les corresponda en la partición.

En este caso aparece clara la voluntad del testador de que el bien asignado sea adjudicado *a cuenta* de la participación que corresponda al asignatario en la herencia. Es decir, a valorar en la fecha de la partición y, en su caso, a completar con otros bienes o mediante el abono de diferencias en metálico, o bien a reducir, satisfaciendo en dinero el adjudicatario, a uno o varios de sus coherederos, el exceso por él percibido.

Supuesto distinto se daría si aquella asignación individual se hubiera hecho prefiriendo taxativamente una tasación determinada o expresando que la asignación se hace en pago de la participación del asignatario (no meramente a cuenta de la misma). En este caso, a esas asignaciones singulares habría que aplicar la misma doctrina que para las divisiones totales resulta de los artículos 1.056, § 1.º, y 1.075. C. c.

En definitiva, se trata de problemas de interpretación de la voluntad del testador.

(254) ALBALADEJO, loc. cit., págs. 964 y s.

es posible que en muchos casos resulte que los herederos no hayan percibido el activo de la herencia en la proporción correspondiente a sus cuotas hereditarias. En tales supuestos, sin dejar de ser herederos en la proporción en que fueron instituidos, sufrirán o se beneficiarán con un resultado práctico equivalente al que se habría producido con el otorgamiento de prelegados a favor de los beneficiados.

D) *Responsabilidad por las deudas del causante de los herederos entre los que aquél distribuyó sus bienes.*

Cuestión previa a la solución del problema enunciado podría plantearse exagerando la intersección de lo dispositivo con lo particional en la división practicada por el testador. Si en todo caso, o por lo menos cuando la partición la verificó aquél en su testamento, «no cabe diferenciar la institución de la asignación», ¿el testamento que la contenga supondrá la institución de cada asignatario como heredero de las cosas ciertas que se le hayan adjudicado, transmutándose así su naturaleza en la de simple legatario conforme el art. 768 C. c.?

La objeción tiene, a nuestro juicio, varios puntos débiles:

Una cosa es «que en la partición hecha por el testador no pueda deslindarse íntegramente de lo meramente particional lo que es dispositivo» y otra cosa distinta es que se opere en ella una total confusión de ambos elementos. Precisamente la disposición inicial instituyendo herederos en una proporción cierta, representada por un quebrado o por un porcentaje del haber, aparece completamente limpia de toda contaminación particional. Es solamente la declaración divisoria la que no siempre se manifiesta jurídicamente pura y libre de contener algún germen dispositivo. Unas veces, sirviendo para corregir las *palabras* en que se expresó la disposición propiamente dicha, demostrando que la verdadera *intención* del testador no fué fielmente expresada con ellas (ver artículo 675 C. c.), en otras ocasiones corrigiendo la proporción dispositiva a consecuencia del subjetivo criterio valorativo—en el tiempo o en la cuantía—del testador, o incluso demostrando—como veremos al examinar el supuesto del § 2.º del artículo que comentamos—que la voluntad del testador no fué precisamente la de instituir herederos a todos y cada uno de aquellos a quienes atribuyó esta denominación.

Pero la asignación de bienes concretos en satisfacción del haber de un heredero, por sí sola, no puede significar la degradación de este asignatario a la categoría de legatario. Ya dijimos algo de esto al admitir que el art. 768 no es más que una norma de carácter interpretativo. Precisamente el art. 891 nos ha demostrado que cuando sin designarse a nadie con el nombre de

heredero se distribuya toda la herencia en legados, aun siendo todos de cosa cierta, los asignatarios son de hecho auténticos herederos; con responsabilidad solidaria frente a los acreedores del causante, y en el aspecto interno, es decir, en sus relaciones recíprocas, con obligación de satisfacerlas a prorrata del valor de los bienes asignados a cada uno.

No debe olvidarse que es heredero quien sucede en las *relaciones jurídicas del decuius*. Ahora bien, todo causante pudo inter vivos renunciar, transmitir y enajenar libremente el contenido de sus relaciones activas—siempre que por su naturaleza fuesen susceptibles de disposición—; en cambio, sus relaciones pasivas, en su aspecto externo y relevante, de cualquier modo quedan fuera del alcance de su disponibilidad. Nadie puede renunciar a pagar una deuda, ni cederla con eficacia respecto a su acreedor sin contar con el consentimiento de éste. Pues bien, *mortis causa* tampoco hay inconveniente en que el causante distribuya preventivamente entre sus herederos aquellas relaciones activas, individualizándolas—como si lo hicieran ellos mismos después de heredar—. Como tampoco hay obstáculo en que, a efectos puramente internos, —*inter heredes*—determine las relaciones pasivas que cada uno de ellos deberá cumplir. Pero a lo que no alcanza el poder del testador es a distribuir con eficacia frente a los acreedores las relaciones pasivas que con éstos tenga. Eso cae fuera del campo de sus atribuciones, como tampoco está en manos de sus herederos el distribuirlas en partición a efectos de su respectiva responsabilidad ante el acreedor. Así resulta claramente del art. 1.084 C. c., que no es más que otra aplicación de la doctrina general que transpira en el art. 1.205 C. c.; así como del mismo concepto de obligación y del fenómeno sucesorio. No olvidemos que, como dijo Bonfante (255), en la idea de la *sucesio* tiene más importancia la subrogación en las cargas que la adquisición en los derechos, ya que éstos pueden ser individualmente atribuidos a alguno de los herederos, o incluso a terceras personas mediante legados.

Por lo tanto, no basta la asignación particional de bienes concretos, que el causante verifique entre sus presuntos herederos, para privar a éstos de ese título sucesorio (256).

A Ortega Pardo (257) también se le suscitó una duda semejante a la que acabamos de referirnos: «No nos parece correcto—dice—afirmar que el artículo 1.056 permite instituir en bienes

(255) «*Corso di Diritto romano*», VI (Citta di Castello, 1930), pág. 46.

(256) Otra cosa será, como veremos al examinar el párrafo 2.º de este mismo artículo 1.056, si el testador asigna metálico no existente en la herencia para el íntegro pago de alguno de los llamados, cuya satisfacción sólo se podrá conseguir a través de una prestación de aquél, o aquéllos, que fueren asignatario, o asignatarios, del contenido activo del haber relicto. Tanto más cuanto que esa disposición parece denotar la intención del testador de que sólo sobre tales asignatarios pese igualmente el contenido pasivo de la herencia.

(257) «*Hereditario testamentario y...*», loc. cit., pág. 335.

«determinados sin que los herederos dejen de suceder a título universal. Parece más claro y correcto decir que a pesar de suceder en bienes determinados, los así instituidos siguen siendo herederos—no obstante lo dispuesto en el artículo 660—porque la ley concede ese poder al testador cuando es él quien efectúa la partición y desea que los que suceden en bienes concretos sigan siendo herederos».

En realidad, a juicio nuestro, no puede decirse que el ejercicio de la facultad concedida en el art. 1.056 suponga institución en bienes determinados, ni, por lo tanto, tampoco cabe que los herederos, entre quienes el causante verificó la partición, «sucedan en bienes determinados». La institución y la sucesión se refieren al todo, lo único que individualiza el causante es el contenido del activo atribuido. Cada uno de los herederos, junto con los demás, sucede en todas y cada una de las relaciones activas y pasivas del *decurtus*. Solamente, ocurre que el contenido de aquellas relaciones activas ha sido previamente distribuido, cosa que entra en las facultades del causante y en consecuencia esa concreción se verifica sin solución de continuidad. Mientras que las relaciones pasivas, por escapar de dicha facultad el poder individualizarlas sin consentimiento de los acreedores, siguen afectando solidariamente a todos los herederos. Cada uno de ellos subentra en las relaciones jurídicas pasivas de su causante, con lo que se distinguen netamente de los sucesores a título particular.

Precisamente la diferencia fundamental entre el instituido en cosa cierta y el heredero a quien el causante le asignó ciertos bienes concretándole su activo, estriba en lo siguiente: Se entiende que el testador quiso que el instituido en cosa cierta le sucediese exclusivamente en aquella relación activa, de propiedad de la cosa, que le atribuyó, pero no en las demás relaciones activas ni en las pasivas. Por eso no es heredero. Sólo lo sería si probase que, al igual que se entiende en los supuestos del § 1.º del art. 1.056, el testador se limitó a individualizarle el contenido de su participación en las relaciones activas y quiso que sufriese las pasivas como verdadero continuador suyo.

Por lo tanto, también a los herederos entre quienes el causante distribuyó el haber, debe aplicárseles el art. 1.084 C. c., cuyo carácter general hace que sea sin duda extensivo, lo mismo que a las demás particiones, a la división hecha por el testador.

«Hecha la partición—dice su § 1.º—los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubieren aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria en el caso de haberla admitido con dicho beneficio».

Añadiendo su § 2.º: «En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que

por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado obligado él solo al pago de la deuda.»

El primer párrafo regula las relaciones externas de los herederos con relación a los acreedores, de las que resulta la situación de solidaridad pasiva de aquéllos. El segundo párrafo se refiere a las relaciones internas entre los coherederos; aunque con la posible repercusión procesal que, en su caso, suponga para el acreedor, la citación y emplazamiento, reclamada por el demandado, de otro, otros o todos sus demás coherederos.

El apartado primero determina que en ningún caso la partición modifica la posición de solidaridad en la que se hallan los herederos respecto a las relaciones pasivas del *decurus*.

En este aspecto externo, la responsabilidad solidaria, según el § 1.º del art. 1.084 de cualquier heredero, aunque su cuota haya cristalizado en bienes concretos en la partición que hizo el causante, se contrapone a la falta de responsabilidad directa de primer grado de quien fuera meramente legatario de idénticos bienes. Salvo, claro, las cuestiones que se suscitan en el especial supuesto del art. 891, expuestas en el capítulo anterior.

El segundo párrafo del art. 1.084 nos lleva a la conclusión de que en orden a las relaciones internas, entre los coherederos, la obligación pasiva de cada uno debe entenderse proporcional a la cuota en que haya sido instituido heredero, a no ser que se hayan adjudicado las deudas en proporción distinta. Es decir: que, a falta de dicha expresa determinación, cada uno de ellos debe sufrir las deudas a prorrata de la cuota que se le haya atribuido, independientemente de que reciba bienes del caudal en cuantía mayor, por haber sido favorecido con algún prelegado o con donaciones no colacionables, o en menor proporción, por sufrir la carga de algún legado o fideicomiso singular. Y por lo tanto, independientemente también, de que la valoración hecha por el testador, con su personal criterio, le haya favorecido o perjudicado objetivamente, o que, dado el momento con referencia al cual fijó la valoración, ésta le haya resultado ventajosa o desfavorable (258).

De ello resulta, en este aspecto, una clara diferencia frente a la solución señalada en el art. 891 para el caso de distribución de la herencia en legados—o en instituciones en cosa cierta, por la llamada del art. 768—. La proporcionalidad en el art. 891 se refiere a las respectivas cuotas de valor, sólo determinadas y determinables valorando las asignaciones respectivas. En cambio,

(258) En cambio, habrá concordancia perfecta entre la participación del activo, distribuido por el testador, y la parte que a efectos internos correspondía a cada heredero en las deudas hereditarias, siempre que el testador haya instituido herederos a los adjudicatarios en proporción al valor de los bienes que les haya asignado. A excepción—es claro—de que él mismo hubiese fijado su valoración y no resultare totalmente correspondiente al valor que tuviere, objetivamente determinada, en el momento de la delación.

en supuestos de partición, y concretamente en la verificada por el testador, la proporcionalidad va referida a las cuotas de institución, independientemente de que el valor de los bienes asignados sea mayor o menor (bien a consecuencia del personal criterio valorativo del testador, o en virtud de disposición de prelegados a favor de alguno de los instituidos, o por ordenar la afección personal contra de otro heredero al pago de algún legado).

E) *La asignación de bienes concretos hecha por el testador al amparo del § 1.º del art. 1.056, para satisfacer a un heredero forzoso su cuota legitimaria en la que le instituyó heredero.*

Estamos ante los supuestos en que la cosa o cosas señaladas en pago de la legítima se atribuyen en la asignación particional y no en la disposición propiamente dicha. Restan, por lo tanto, fuera de examen los supuestos de atribución de legados de cosa cierta en pago de la legítima, porque, en estos casos, la cosa es materia inmediata de la disposición y la porción legitimaria queda reducida a ser el receptáculo de la disposición.

En cambio, los supuestos que nos interesan son aquellos en los que, habiéndose dispuesto testamentariamente de la porción legitimaria, se asignan unas o varias cosas en partición practicada al amparo del art. 1.056, a fin de concretar la anterior disposición. Claro está que, en esos actos particionales verificados por el causante, la imposibilidad práctica de separar de modo perfecto la materia propiamente divisoria y la estrictamente dispositiva, deberá tenerse muy presente, y, como veremos, repercutirá en la solución de alguna de las cuestiones que se plantearán.

Comenzando por enfocar la parte dispositiva podemos distinguir dos supuestos. Primero, si el testador ha expresado que instituí—entre otros— a los legitimarios herederos en el quebrado correspondiente a su parte viril. Segundo, si después o previamente a instituir a uno o varios herederos—en tal o cual proporción o cuotas—, expresó con palabras comunes que reservaba, o dejaba, a alguno, o a algunos, de sus herederos forzosos lo que por legítima les correspondiese. Caso, este segundo, de legítima dispuesta con palabras comunes, que, como expusimos en la primera parte del presente trabajo, debe entenderse atribuída como legado de parte alicuota.

En consecuencia, de los cuatro supuestos que habíamos distinguido al trasplantar de la mejora a la legítima la regla de la ley 19 de Toro y la doctrina de los autores que la interpreta-

ron (259), de momento sólo nos interesan los dos primeros: Disposición de la legítima a título de herencia y asignación por el causante de bienes determinados para su satisfacción. Y atribución de la legítima como legado de parte alícuota, también con asignación de cosas determinadas para su concreción.

Vamos a analizar ambos casos, planteando en cada uno de ellos los dos problemas generales antes estudiados en torno al art. 1.056. Es decir: la divergencia entre el valor de la cuota dispuesta y el de la asignación concreta realizada con carácter particional por el testador; y la cuestión de la responsabilidad de cada asignatario por razón de las deudas del causante.

a) *Supuesto de asignación de bienes inferior a la legítima dispuesta.*

La solución es fácil. Nos la brinda el texto de los artículos 1.056, § 1.º, y 1.075 del Código civil.

Sólo deberá pasarse por la partición hecha por el testador «en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos».

La partición hecha por el difunto podrá ser impugnada por causa de lesión «en el caso de que perjudique a la legítima de los herederos forzosos».

Esa legítima debe fijarse conforme determina el artículo 818, y no puede dejarse al criterio personal del testador el momento en que haya de realizarse su valoración ni la computación de ésta. En el instante de la delación (260) debe juzgarse la suficiencia de la asignación. Y en caso de no estar de acuerdo los legitimarios con la estimación hecha por el testador, sólo en juicio puede fijarse las valoraciones que podríamos denominar oficiales, que corresponden a la legítima y a los bienes asignados para su pago.

La concordancia o discordancia, entre legítima y asignación, existente en el momento en que el causante practicó la división no tiene transcendencia. Hay que atender al instante de la muerte del causante para realizar la comprobación. La discordancia originaria puede haber quedado subsanada en el momento de la delación: sea por disminución de la fortuna del causante o por aumento del valor de los bienes asignados. En cambio, la concordancia originaria puede perderse posteriormente: por aumentar la masa líquida del caudal, por disminución del valor de los bienes asignados, por pérdida o enajenación de alguno de ellos o

(259) No olvidemos que la citada ley 19 de Toro, según GARCÍA GOYENA: (*Concordancias...*, vol. cit., pág. 263), es uno de los antecedentes del art. 800 del Proyecto de 1851 y, por lo tanto, del vigente § 1.º del art. 1.056. C. c.

(260) Como momento al que se retrotrae la aceptación (art. 989, C. c.), y en el que se entiende transmitida automáticamente la posesión de bienes hereditarios (art. 440 en rel. con el 430, cuando la partición la haya hecho previamente el testador).

simplemente por aumento de valor no sincrónico de algunos bienes de la herencia que, en perjuicio de algún legitimario, destruya la perfecta proporcionalidad inicial. En cualquiera de estos casos la partición debe corregirse.

Al efecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.077 del Código civil (261) y su interpretación por la Sentencia de 19 de mayo de 1945 (262).

b) *Supuesto de asignación de bienes superior a la legítima dispuesta.*

Vamos a cotejar la doctrina de los comentaristas de las leyes de Toro, respecto a la mejora con asignación de bienes, y la que puede desprenderse del artículo 1.056, para la asignación de cosas ciertas en pago de la legítima. Pero antes recordaremos que ya Covarrubias se preocupó de si el padre podía asignar determinadas cosas ciertas al hijo en pago de su legítima. Resolviendo que sí podía (263)—por deducción, *sensu contrario*, de la ley «Quonian in prioribus» (264)—, con tal de que la cosa asignada no fuese de inferior condición que los demás bienes de la herencia y se perjudicase al hijo en la legítima («modo res illa non sit admodum deterior caeteris rebus hereditariis, et ex hoc fiat fraus legitime portioni») (265).

Como dijimos (266), los comentaristas de las leyes taurinas distinguieron la mejora de cuota con asignación de bienes, la me-

(261) Dice así el art. 1.077 C. c.: «El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición. La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio. Si se procede a una nueva partición no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo.»

(262) Conforme dicha Sentencia, la concesión y el uso de la facultad que se otorga en el art. 1.077 han de quedar supeditados a que, por las circunstancias con que, en la partición, aparezca producida la lesión, ésta sea reparable por cualquiera de los medios indicados en él.

(263) Op. cit., tomo I, *De testamentis*, cap. Raynaldus XVIII, § 2.º números 10 y 11, pág. 100.

(264) Codex III-XXVIII, 32. Esta ley sanciona la *actio ad supplementum*; y de su contenido resulta que el hijo no puede pedir que se le asigne la legítima en cosas que el padre expresamente legó, mientras no sufrá agravio en su derecho, y aun, en este caso, sólo le cabe ejercitar la acción para pedir el complemento.

(265) LLAMAS Y MOLINA (op. y vol. cit., Ley XIX, núms. 7 y 8, págs. 349 y s.) refiere la controversia que, en el comentario de esa ley décimonona, sostuvieron TELLO FERNÁNDEZ (núm. 1º) y MATIENZO (gl. I, núm. 2). TELLO entendió las palabras de COVARRUBIAS en el sentido de que la cualidad de la cosa sólo podía ser causa de perjuicio en la legítima cuando esa cualidad repercutía en el valor de la cosa, que así no alcanzaba el *mínimum* legítimario. De no ser así, a su juicio, tal doctrina estaría en contradicción con el criterio de las leyes XXIII, XXVI y XXIX de Toro. MATIENZO, en cambio, fué de la opuesta opinión.

(266) Recordemos las opiniones de ANTONIO GÓMEZ y de SANCHO LLAMAS, que referimos al comenzar este capítulo (notas 216 y 217).

jora de cosa cierta con imputación a cuota determinada y la mejora de cosa cierta sin imputación concreta a cuota determinada. Deduciendo que en los dos primeros casos, si el valor de la cosa excedía de la cuota debía reducirse la mejora a esa medida. Antonio Gómez (267) expresó que «si res assignata pro melioratione tertii equivalenceat plus quam tertium, et sit longe maioris valoris quam tertium, non debet filius melioratus habere totam rem pro melioratione tertii et quinti: quia mens et voluntas patris vel matris non fuit in plusquam tertio meliorare, et actus agnitionum non operantur ultra eorum intentionem, et limitata causa limitatum parit effectum».

¿Puede servir este criterio para interpretar—como argumento histórico—el artículo 1.056 y para solucionar las cuestiones que hemos planteado?

A nuestro juicio, no, como antes hemos expresado. No hay que olvidar la literalidad de las palabras «se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos» del artículo 1.056, así como el criterio del artículo 1.075. Ambos conceden al testador amplia libertad para determinar los valores de su herencia según su apreciación subjetiva y para precisar el momento de tal valoración, con el único límite de no perjudicar a las legítimas debidas.

Hemos convenido en que no cabe rescisión por falta de perfecta correlación entre el valor que a la muerte del testador corresponda a las cuotas atribuidas y el que entonces tengan los bienes que aquél asignó concretándolas. (Salvo en los casos de lesión de alguna legítima o si resultare, o racionalmente se presuma, que el testador quiso que se pudiese acudir al remedio rescisorio por lesión de más de un cuarto.) Por lo tanto, en el presente caso, los demás herederos no podrán reclamar por razón de que la asignación que el testador hubiese hecho a cualquier heredero forzoso, como concreción de su cuota legitimaria, exceda del valor correspondiente a la misma.

c) *Responsabilidad por las deudas hereditarias del legitimario a quien el testador instituyó heredero en su legítima y asignó, concretándola, bienes determinados para su satisfacción.*

Cuando el causante atribuya al legitimario carácter de heredero, permite que le sea aplicable, en su caso, el artículo 1.084 del Código civil. Tal como afecta a cualquier heredero, después de la partición, háyase verificado ésta en la forma que fuere (bien por los propios interesados, bien judicialmente, o por el contador partidor, o por el mismo testador).

En consecuencia, bajo este aspecto, no hay duda que el legitimario al que se le haya instituido en su cuota queda en situa-

(267) *Ad legem Tauri...* ley XVII. núm. 14, vers. «Item etiam», pág. 127.

ción más desventajosa frente a los acreedores que aquellos legitimarios a los que se les hubiera asignado su haber a través de legados de cosas específicas. E incluso, como vamos a ver, en peor situación que los que reciban la legítima por medio de un legado de cuota, tanto si el contenido de ésta fué determinado por el testador en la partición por él practicada, como si éste lo dejó sin concretar.

d) *Responsabilidad y afección por las deudas hereditarias del legitimario a quien el testador atribuyó su porción legal mediante un legado de cuota—expresamente o dejándole la legítima con palabras comunes—cuyo contenido le concretó en la partición practicada al amparo del artículo 1.056 C. c.*

En el capítulo próximo examinaremos la doctrina del legado de parte alícuota. Entonces veremos que el legatario de cuota no tiene responsabilidad directa y de primer grado frente a los acreedores del causante, y que sólo subsidiariamente, o por la acción de enriquecimiento injusto, podrá sufrir una afección *cum viribus*, limitada al contenido de su cuota. Aparte de la acción que contra él ejercite el heredero que hubiere pagado, cuando a consecuencia de la reducción del activo que aquella deuda suponga se disminuya el valor de todas las cuotas líquidas, y concretamente la del legatario parciario.

De esa doctrina es aplicable totalmente la primera parte, en lo relativo a la irresponsabilidad directa del legatario de cuota ante los acreedores del causante. En cambio, la afección subsidiaria, *cum viribus* y a prorrata sólo deberá sufrirla en cuanto el valor de los bienes asignados exceda, al fallecer el *decurus*, del valor de su cuota legitimaria definitiva. Ese exceso lo mismo da que sea debido a resultar, el legatario, beneficiado por el criterio valorativo del testador, como por haberse reducido la legítima a consecuencia de la aparición de nuevas deudas o por anteriores no conocidas. La razón de ello estriba en que el criterio subjetivo del testador al hacer las valoraciones y su elección del momento al cual las refiera, distinto al de la delación, no pueden perjudicar a terceros, como son los acreedores (268), lo mismo que tampoco cabe que puedan resultar en perjuicio de los propios legitimarios.

La segunda parte de aquella doctrina, es decir, la cuestión del reajuste de cuota entre heredero y legatario parciario, en el caso de reducción del haber por aparición de deudas anteriores, no la entendemos aplicable, de modo general, en los casos de partición hecha por el testador con asignación de bienes para concreción de los respectivos haberes de heredero y legatario parciario. Se trata de un problema que se habrá de resolver, individualmente en cada caso, interpretando la voluntad del testador partidor. Pero, en

(268) Así lo reconoce la Sentencia de 25 de octubre de 1911.

principio, no hay que olvidar que el legatario de cuota no responde personal ni directamente de las deudas del caudal hereditario. Es—como veremos—un legatario de cuota de activo líquido—y a ser posible liquidado—. Por lo tanto, debe entenderse que el testador, al hacer la partición, si no ha dicho lo contrario, le habrá adjudicado, según su criterio subjetivo de valoración, bienes equivalentes al valor de su cuota ya liquidada; y que a los herederos les haya asignado bienes suficientes, según su propio criterio, para cubrir sus haberes y pagar las deudas hereditarias. Claro que la opinión contraria podrá deducirse, sin necesidad de expresa declaración, por racionales indicios; v. gr.: si el testador ha valorado las adjudicaciones, y comparando las valoraciones de lo asignado a los legatarios de parte alícuota y las correspondientes a lo atribuido a los herederos, resulta que se han asignado a aquéllos bienes que cubren su parte alícuota referida al caudal en bruto, es decir, sin deducción de las deudas.

Finalmente, conviene hacer notar una diferencia que puede existir entre la posición del legitimario a quien su legítima le fué atribuída mediante legados de una o varias cosas ciertas, si también el resto de la herencia se distribuyó en legados, y la situación del legitimario al que se le dejó su cuota legal mediante un legado de parte alícuota concretado particionalmente, por el propio testador, en bienes determinados. La diferencia se percibe claramente cuando, en uno y otro caso, el causante contraiga, o aparezcan, nuevas deudas que mermen el caudal después de hecha la asignación. En el aspecto interno los legitimarios legatarios de cosa cierta, cuando la herencia se distribuyó en legados, entrarán en el prorrateo de las deudas con los demás legatarios en proporción al valor de sus legados, mientras su legítima quede cubierta. En cambio, el legitimario legatario de parte alícuota, cuyo haber se le asignó concretamente en la partición hecha por el testador, en principio, por las razones antes expuestas, no puede resultar afectado por esas nuevas deudas, salvo que el testador haya mostrado expresamente, o tácitamente se deduzca, que es distinta su voluntad. Y aun, en este caso, la reducción no debería operarse en proporción al valor que oficialmente resulten tener los bienes asignados al legitimario legatario de cuota, como señala el supuesto del artículo 891, sino a tenor del quebrado que su dicha cuota represente respecto al haber, aunque el valor de los bienes asignados en su adjudicación resulte menor. Lo que es otra consecuencia de la libre facultad valorativa que corresponde al testador partidor, cuyo criterio subjetivo es soberano e inapelable, mientras no lesione las legítimas, no sufra error en su voluntad y no exprese, ni tácitamente resulte, su voluntad de que pueda rescindirse o revisarse la partición en caso de no ajustarse los valores por él determinados con los que correspondan en la fecha de la delación.

E) *Alcance y naturaleza de la facultad de disponer que se satisfagan en metálico las legítimas, concedida en el § 2.º del artículo 1.056.*

No vamos a hacer un estudio completo de las múltiples cuestiones que puede suscitar el análisis del párrafo segundo del artículo 1.056 del Código civil.

Hay muchos y muy interesantes problemas cuyo examen nos apartaría del principal objeto de este estudio. Por eso no nos ocuparemos de ellos, pese a su valor vital para determinar los supuestos en que esa facultad paterna puede actuar. Tales son, especialmente, la determinación de lo que ese precepto entiende por «*interés de la familia*», justificante de aquel ejercicio, y la concreción de los conceptos de explotación agrícola, industrial y fabril (269).

Sólo nos interesa en esta ocasión el problema interpretativo antes enunciado: *alcance y naturaleza de la facultad concedida en este artículo al padre, que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, de disponer que se satisfagan en metálico las legítimas de los demás hijos* (270).

(269) De ambas cuestiones se está ocupando, en su tesis doctoral en elaboración, nuestro querido amigo y compañero ALBERTO BALLARÍN, con su fino ingenio y con renovación y trasiego de ideas—que no quiere significar cambio—, aireando la «casa» aragonesa con frondas de la mayor actualidad científica en Derecho comparado, en la especialidad y particular enfoque que se ha venido a llamar Derecho agrario.

(270) Otra cuestión a plantear se refiere a si la posibilidad concedida en el párrafo en cuestión alcanza a poder atribuir la explotación indivisa a un nieto o descendiente de ulterior grado del testador, aun a pesar de dejar éste hijos vivos. Nos parece indudable la solución afirmativa cuando el descendiente mediato sea legítimo, por premoriencia del descendiente o descendientes intermedios entre el testador y el destinatario de la explotación. En el caso contrario, es decir, si el descendiente mediato no es legítimo, la letra del precepto, tal vez más que su espíritu, parece suponer un obstáculo más difícil de salvar. No obstante, la clásica extensión a todos los descendientes de la palabra «*hijos*»—recogida por el Tribunal Supremo (Sentencias 31 diciembre 1895, 3 octubre 1903 y 17 mayo 1918), lo mismo tratándose de herederos voluntarios que forzosos (Sentencia 19 octubre 1899)—puede ser el puente que permita superar ese obstáculo, no sólo en el primer supuesto, sino incluso en el segundo caso.

Contrariamente, vemos cómo SÁNCHEZ ROMÁN (op. y vol. cit., pág. 1994) dice que se concede aquella facultad «sólo al *padre*, y no al *ascendiente*, ni al descendiente, ni a otro testador cualquiera».

En cambio, COVIÁN (*Partición de herencia*, en *Enciclopedia Jurídica Española* Seix, t. XXIV, pág. 360), a quien sigue BONET (en la 6.ª ed., volumen VII, de los *Comentarios al Código civil de Manresa*, pág. 639), entiende que esa facultad se concede al testador con relación a todo descendiente y que el beneficiado puede ser un nieto por razón de que también puede mejorarse en los dos tercios. Criterio que sin duda sigue la S. de 17 noviem-

a) Bajo ese aspecto la primera cuestión a resolver se refiere a *si el metálico que el sucesor en la explotación agrícola, industrial o fabril debe pagar a los demás hijos del testador, tiene que hallarse en el caudal relicto o bien puede pertenecer al destinatario u obtenerlo éste en la forma que sea.*

Varias opiniones al respecto se han expresado por la doctrina. Mucius Scaevola (271) consideró que, «dada la amplitud de facultades concedidas en la primera parte del artículo 1.056, su segundo párrafo estaba de más». Entendiendo que resulta una redundancia innecesaria, ya que en el primer párrafo del artículo, «a dicho testador no se le ponen más trabas, en uso de esas atribuciones, que las que el propio precepto tácita o expresamente comprende, entre las que no se halla ninguna que haga referencia a la clase de bienes que haya de adjudicar a cada heredero». Añadiendo que el comentado párrafo segundo «se encuentra virtualmente en armonía con el artículo 1.062, pues en éste se prevé que cuando una cosa sea indivisible o *desmerezca mucho por su división*, podrá adjudicarse a uno en calidad de abonar a los demás el exceso en dinero», con la única particularidad de evitarse la aplicación del inciso final de ese artículo, por ser contrario a los fines perseguidos en el párrafo segundo del artículo 1.056, es decir, eliminándose la posibilidad de que a petición de cualquiera de los herederos se proceda a la venta con admisión de licitadores extraños.

Bastante más recientemente, Ortega Pardo (272) ha vuelto a tachar de innecesaria y sorprendente redundancia y ha calificado de absurda la disposición del párrafo segundo del artículo 1.056, por creer que «la facultad que en ese párrafo se otorga al padre queda ya comprendida en la primera parte del artículo».

Observaremos que si realmente se pretende reducir la facultad concedida en ese párrafo segundo, de ordenar el pago de las legítimas en metálico, al supuesto de que lo haya en la herencia, como al parecer pretende Ortega, ciertamente este párrafo sobra por inútil y es redundante con el primero. Pero no es lícito dar a un precepto una interpretación tal que le inutilice y que, además,

bre 1925 al decir que se infringe el art. 1.056 y concordantes, cuando la Sala, con notorio error de hecho y de derecho declara inoficiosa la donación que de los dos tercios de la herencia hizo un testador a su nieta, estableciendo que si la expresada donación excediera de los dos tercios mencionados, se abonará en metálico a los demás herederos el exceso. Aunque, tal vez, este caso caía más bajo la órbita de los arts. 821 y 829 C. c., análogicamente aplicado aquéll a las donaciones y combinado el segundo con el primero. (No olvidemos que el concepto de cosa cierta es latamente aplicable a las universalidades si orgánicamente suponen una unidad.)

(271) Op. y vol. cit., págs. 281 y s.

(272) *Naturaleza jurídica del llamado «legado en lugar de legítima»* (Madrid, 1945), pág. 145; y *Heredero testamentario y heredero forzoso*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, III-II, pág. 336.

lo haga inadecuado a los fines por él perseguidos y enunciados. En cambio, si se quiere interpretar este segundo párrafo combinando el párrafo que le antecede con el artículo 1.062, pero excluyendo la facultad de pedir la venta en pública subasta de la cosa indivisible—como pretende realmente Scaevola—entonces el precepto ya no es inútil. Y, además, observaremos que sin esa facultad de pedir la venta en pública subasta, la adjudicación de la cosa toda a uno solo de los copartícipes excede del ámbito de lo meramente particional.

Sánchez Román (273) dice, algo ambiguamente, que el párrafo que comentamos «no es un precepto distinto, aunque sí nuevo, por lo expreso en nuestro Derecho, sino una aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior del mismo artículo. Lo único que pudiera tener aquel carácter es su última parte relativa a que se satisfaga en *metálico* su legítima a los demás hijos».

Castán, por una parte, considera que la autorización del segundo párrafo sólo es «una simple aplicación particular» de la facultad de hacer la partición (274). Mientras, en otro lugar, al señalar que no es absoluto el criterio legal de considerar al legitimatario como heredero con derecho a bienes determinados, cita en prueba de ello la posibilidad de transmitir indivisas explotaciones «a uno de los herederos, que satisfaga en metálico su legítima a los demás» (275).

Manresa (276) con toda claridad resuelve: «Si hay en la herencia metálico para ello (para el pago por dicho medio de las legítimas de los demás hijos), desde luego con él se realizará el pago, pero si no lo hay, como será lo más frecuente, el precepto también habrá de respetarse. ¿Cómo? Vendiendo, caso contrario, otro objeto para ese fin, o imponiendo, en último término si no hubiere otro recurso, al mismo favorecido esa obligación». Añadiendo que «en esto el Derecho común se aproxima a la legislación especial de Cataluña».

De esta opinión fué López R. Gómez (277), en cuanto admitió la posibilidad de que el adjudicatario de la industria sufrague con su propio numerario las legítimas de sus hermanos.

Y este criterio ha sido aceptado en general, coincidiendo en este extremo Roca Sastre (278), Sanz Fernández (279), González

(273) Op. y vol. cit., pág. 1994.

(274) Op. y vol. cit., pág. 517.

(275) Vol. cit., pág. 270.

(276) Op. y vol. cit., pág. 640.

(277) Op. y vol. cit., pág. 237.

(278) *Naturaleza jurídica de la legítima*, en Rev. Dr. Priv., T. XXVIII, (Marzo, 1944), pág. 208; opinión que reitera en sus Notas al *Kipp*, vol. cit., § 135, pág. 337.

(279) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria* (Madrid, 1945), pág. 144, nota 12.

Palomino (280), Porpeta (281) y Fuenmayor (282). Este separa el supuesto de que haya metálico en la herencia—que encaja en el párrafo 1.º del artículo 1.056—y el caso de que no lo hubiere, que es el previsto en la facultad especial que concede el párrafo 2.º del mismo artículo. El hecho de que este último párrafo se refiere precisamente al supuesto en que falte metálico en la herencia se constata, a juicio de Sanz y de Porpeta, porque «si existe (el metálico), el hijo favorecido con la explotación agrícola, industrial o fabril, no tiene obligación de pagar las legítimas, ya que no está facultado para hacerse cargo del metálico». Precisan-do González Palomino que, en el caso que estudiamos, «el heredero no está autorizado para el pago, sino obligado a hacerlo, que es algo diferente» (283).

b) *¿Por qué título deben entenderse atribuidas las legítimas cuando el ascendiente testador, usando de esta cuestionada facultad, disponga que se satisfagan en metálico?*

Castán (284), al afirmar que no es absoluto el criterio del Código civil de considerar a los legitimarios como herederos, señaló como un caso característico que se aparta de la regla general, el

(280) *Estudios de arte menor de Derecho sucesorio, El acrecimiento de la mejora*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. II, pág. 547, nota 1.

(281) *Naturaleza jurídica de la legítima*, conferencia en el Colegio Notarial de Barcelona, recogida en «Estudios de Derecho sucesorio», pág. 203.

(282) *Intangibilidad de la legítima*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I-I, página 64, y *La mejora de labrar y poseer*, verdadera maravilla de orfebrería jurídica, publicado en el mismo Anuario, I-III, págs. 901 y s.

(283) Cuestión más delicada es la relativa a si el heredero podrá satisfacer las legítimas a través de una pensión de tipo censual, como las *rentas en sacco gallegas*.

LÓPEZ R. GÓMEZ (op. y vol. cit., págs. 272 y s.), después de observar que deben tenerse presentes los fines que la expresada norma se propone, conviene en que lo preceptuado «no es, ni puede ser tan absoluto, que no admita varias combinaciones del testador o de la voluntad de los interesados, a la vez satisfactorias a los derechos de todos; mucho más cuando puede muy bien suceder que en la herencia no exista metálico bastante a ese efecto y que el adjudicatario de la industria tampoco pueda sufragarlo».

SÁNCHEZ ROMÁN (vol. cit., pág. 995) opina que «la posibilidad legal que se reconoce de que se disponga el pago en metálico de su legítima a los demás hijos, no es *preceptiva* sino *permissiva* y, por tanto, no hay obstáculo legal en que se arbitre otra forma de compensación si la naturaleza y valor respectivo de los bienes lo permitiera».

Por el contrario, FUENMAYOR (*La mejora de labrar y poseer*, loc. cit., página 902), siguiendo a PÉREZ PORTO, observa «que no cabe olvidar que se trata de un precepto de excepción, de una derogación de las reglas generales sobre división de herencias y que, por tanto, sólo puede aplicarse a los casos textualmente comprendidos en él». Entendiendo que los célticos *peirucios* con sus *rentas en sacco*, sólo pueden salvarse si se considera a la *mejora de labrar y poseer* «como institución consuetudinaria de carácter foral, vigente al amparo del artículo 12 del Código civil».

(284) Op. y vol. cit., pág. 270.

supuesto del párrafo 2.º del artículo 1.056. Idea semejante había expresado Clemente de Diego (285), al referirse a los casos de adjudicación de aquellas cosas que desmerezcan mucho con la división (art. 1.062), diciendo que en este caso, como en los otros que cita, parece orientarse la legislación hacia la legítima simple de derecho de crédito.

Porpeta (286) observa que varios pasajes del Código «aceptan o presuponen formas de pago distintas de la partición herencial en sentido técnico», entre los que señala la norma que estudiamos; y dice que, excepcionalmente, en estos casos, la legítima es un legado de dinero.

Dávila García (287), para quien la legítima es siempre incompatible con el título hereditario, siendo aquella normalmente, a su juicio, la atribución a título singular de una *pars bonorum*, admite que en ciertos casos, entre los que se cuenta el supuesto que examinamos, se transforma en una *pars valoris*. También Roca Sastre (288) considera que, en la hipótesis contemplada, la legítima tiene «perfecta y permanente configuración de titularidad sobre una fracción del valor pecuniario del patrimonio relicto», y que los hijos perciben su *pars valoris bonorum* como legado en dinero.

Por el contrario, según hemos visto, para Mucius Scaevola y Ortega Pardo (289) el ejercicio de la facultad concedida en el párrafo 2.º del artículo 1.056, por no ser sino aplicación de la concedida en el apartado anterior, es de carácter meramente particional y, por lo tanto, no modifica el carácter de heredero que, a su entender, corresponde a los legitimarios.

La discusión no es meramente teórica. Tiene importantes repercusiones prácticas. Si al legitimario apartado de la explotación, cuyo derecho deba satisfacerse en metálico, le consideremos como heredero (al que por acto meramente particional, o si se quiere híbrido entre la partición y la enajenación, se le ha cambiado, por su valor en dinero, la parte de bienes que le correspondía), no dejará de sentir el peso de la norma del artículo 1.084 C. c., que le impondrá responsabilidad solidaria frente a los acreedores de la herencia. Y aunque esa pretendida expropiación se entendiese que es un acto de enajenación, habría que aplicar, a su lado activo, el artículo 1.532 C. c. y en su aspecto pasivo, el art. 1.205, con lo cual no se liberaría de aquella responsabilidad solidaria. No creemos que aquí, como tampoco en la legítima de los hijos naturales, haya sido esta la *mens legis* del precepto que acabamos de interpretar. Por este camino, llegaríamos a un resultado evidentemente in-

(285) Op. y vol. cit., págs. 225 in fine y 226.

(286) Loc. cit., págs. 172 y 199.

(287) *Herederos y legitimarios*, en Rev. Crit. Dr. Inmob., T. XIX (octubre 1943), pág. 666.

(288) *Naturaleza jurídica de la legítima*, loc. cit., pág. 208, en rel. con las páginas 195 y ss.

(289) Locs. ult. cit.

justo para los legitimarios a quienes se les paguen en metálico sus derechos estrictos. La injusticia del resultado nos basta para rechazar de plano esa interpretación que a él nos llevaría.

Pero además, estimamos que a esa injusticia, teleológicamente vista en la tesis que combatimos, se le suma un error previo derivado de prejuicios dogmáticos.

«Ciertamente la letra del párrafo 2.º del artículo 1.056 habla del padre que en interés de la familia quiere conservar indivisa la explotación de que se trate, permitiéndole *usar de la facultad concedida en este artículo*. Es decir, la de hacer la partición de sus bienes. Pero, no hay que olvidar que en la partición, los bienes no sólo se distribuyen entre los herederos. También los legatarios de parte alícuota, si los hubiere, deben en ella ver satisfechos sus derechos. Esa es la premisa mayor de nuestro silogismo. La menor la dimos por demostrada al finalizar la primera parte de este trabajo: Todo legitimario a quien se le *deje* su porción legal, expresándolo así el testador, con palabras comunes, no será heredero de ellas, sino un legatario de esa cuota.

Suponemos que, aun entre los que acepten nuestra tesis, no faltarán quienes nos hagan esta objeción: Conformes cuando la cláusula testamentaria o particional diga, v. gr.: «Instituyo heredero universal a mi hijo A., quien por consiguiente adquirirá la explotación H que constituye todo mi haber, con la obligación de pagar en metálico a mis otros hijos B, C y D lo que por legítima les corresponda». O ésta: «Dejo a mis hijos B, C y D lo que por legítima les corresponda. Instituyo heredero a mi hijo A, a quien asigno íntegramente la explotación industrial H, único bien que poseo, con la obligación de satisfacer en metálico a sus hermanos sus respectivas legítimas». Pero—añadirán—¿quid si la atribución fuese de este tenor?: «Instituyo herederos en su respectiva cuota de legítima estricta a mis cuatro hijos A, B, C y D. Mejoro y lego a mi hijo A los tercios íntegros de mejora y libre disposición. Y quiero que la explotación industrial H, que constituye todo mi haber, sea íntegramente adjudicada a mi expresado hijo mejorado A, con la obligación, por parte de éste, de pagar en metálico a sus otros hermanos el valor que por sus legítimas respectivas les corresponda».

Contestamos: Conforme al artículo 675 la voluntad del testador es ley de la sucesión. Ni el empleo, ni la falta de utilización de la palabra *heredero* son decisivos. Dichos datos deben subordinarse a la verdadera intención del testador, resultante generalmente del contenido de la disposición. Así se deduce de los artículos 668 y 768 Código civil. El testador que dispone que se pague a un legitimario su mínimo haber legal precisamente en metálico, que ni siquiera se halla en la herencia, sin duda alguna no quiere atribuirle la posición jurídica de heredero, ni en su aspecto activo ni verosíblemente en su lado pasivo. Lo de menos es que, al desig-

narlo, haya usado la palabra heredero si no le ha dado a ésta su debido significado.

Por otra parte, tampoco podemos olvidar, como reconocimos al comentar el primer párrafo de este artículo 1.056, que en su ejercicio el ámbito de lo particional no es totalmente separable del terreno de lo dispositivo, por lo menos en cuanto se refiere al aspecto cuantitativo de la disposición. Pues bien, aquella inseparabilidad se acentúa extraordinariamente, hasta alcanzar matices cualitativos, en la singular facultad del párrafo 2.º del artículo 1.056. Su ejercicio penetra en la misma sustancia de la disposición. Así nos lo demuestra la total eliminación del requisito de la pública *licitación*, con admisión de extraños, característico de la partición de cosas indivisibles según resulta de los artículos 404 y 1.062 del Código civil.

c) *¿Qué posición es la del legitimario en tanto el asignatario de la explotación no le haya abonado su legítima? ¿Tiene un simple derecho personal, un crédito contra el asignatario, o bien está especialmente protegido y garantizado con afección de los bienes hereditarios?*

Sanz Fernández (290) explica el fenómeno adquisitivo del asignatario de la explotación diciendo que su título adquisitivo es doble: «1.º El de herencia, en cuanto a la parte que el testador podía disponer libremente. 2.º Un título extraño a la herencia, que con toda exactitud se ha asimilado a la adjudicación para pago de deudas, en el resto de la explotación». Por lo cual, concluye: «la situación del legitimario será idéntica a la que se produciría en caso de partición practicada voluntariamente por los herederos, quedando alguno de ellos obligado a indemnizar en metálico a los demás».

González Palomino (291) dice: «Aunque no haya hecho (el testador) sino una lisa y llana disposición de esta explotación en su testamento, esa cláusula es de naturaleza y contenido particional, y nada menos que con dos adjudicaciones: una, al beneficiario de la explotación, *en pago* de sus haberes (legítima, mejora, parte libre); otra, *para pago* de los haberes de los demás legitimarios.»

Y Porpeta (292), suscribiendo la misma opinión, dice que el

(290) Pág. y nota cit.

(291) Loc. ult. cit. Notemos que, a pesar de esa coincidencia de GONZÁLEZ PALOMINO con ORTEGA PARDO, en entender que la facultad particional del § 2.º del art. 1.056 es meramente particional, las opiniones de ambos se separan profundamente. Para González Palomino la legítima es atribuida por la ley «a título singular por un llamamiento de cuota» (op. cit., pág. 543). Por otra parte, ORTEGA (*Heredero testamentario* y... pág. 343) parece disentir del criterio de González Palomino cuando—éste—entiende que, de acuerdo con lo establecido en la segunda parte del art. 1.056, el padre puede ordenar que se pague a los otros hijos su legítima en dinero, aunque no exista metálico en la herencia.

(292) Loc. cit., pág. 203.

heredero del párrafo 2.º del artículo 1.056 «se halla, por otra parte, favorecido con un superávit y gravado con una obligación. Su título adquisitivo viene a ser doble: el de herencia por...; y otro de tipo no herencial, asimilable por entero a la adjudicación para pago de deudas, en cuanto al exceso de lo adquirido, es decir, por el valor que debe destinar al pago de las legítimas». Deduciendo, como consecuencia, que «siendo esta adjudicación, que pudiéramos llamar suplementaria, del tipo *para pago de deudas*, no podrá provocar para sí sola ninguna afección real de los bienes respectivos».

En otra ocasión mostramos nuestra disconformidad con la tesis de estos tres queridos compañeros y maestros (293). Allí defendimos la teoría que luego vinimos a llamar de la *superposición o sustitución relativa de llamamientos*—el testamentario y el legal—, anteriormente expuesta por el mismo Porpeta, y la extendimos más allá del pensamiento de éste, aplicándola al supuesto que estudiamos. Partimos de la idea de que en las facultades que confiere el párrafo 2.º del art. 1.056 se mezclan en forma inseparable lo particional y lo dispositivo. Y afirmamos decididamente que su ejercicio hace surgir «un derecho legitimario ordenado directamente en metálico, y una asignación testamentaria hecha directamente sobre toda la explotación». «Junto a esa asignación testamentaria de la legítima traducida en metálico, la designación hecha por el artículo 806—decíamos—queda en la penumbra, y aunque no caduca totalmente, mientras el legitimario no sea pagado, su vida es meramente latente (por el peso de la facultad conferida por la ley al testador)». Pero—añadíamos—si el llamado al todo incumple la obligación que se le impuso, «renace con vida propia el normal derecho del legitimario, armado con la *actio familiae erciscundae*».

A semejantes resultados llega otro querido compañero y maestro, Roca Sastre, en sus *Notas al Derecho de sucesiones* de Kipp (294). En ellas ha escrito: «Hay que entender que, mientras a los demás hijos no se les haga efectiva su legítima, mediante el consiguiente pago del dinero correspondiente (tanto si este dinero se reparte como abono de diferencias por exceso de adjudicación, o sea acto particional, o como objeto de un legado legitimario, y tanto si en la herencia existe o no dinero efectivo), entretanto subsistirá sobre el patrimonio relicto el derecho de legítima, el cual confiere a cada legitimario una titularidad respecto a una fracción del valor económico de dicho patrimonio..., cuya consumación se opera con su efectiva entrega al legitimario, de la misma manera que, según el artículo 838, se concreta o cristaliza o consuma la legítima del cónyuge viudo, una vez tenga asignada la correspondiente renta vitalicia o el derecho a percibir los productos

(293) *Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1.056 y del artículo 863 del Código civil*. § I, en Rev. Gral. de Dr., núm. 27 (diciembre 1946, páginas 673 y ss.).

(294) Vol. cit., § 135, págs. 337 y ss.

de determinados bienes o una cantidad en dinero, quedando afectos todos los bienes de la herencia, mientras esto no se realice, al pago de tal legítima del viudo.» Añadiendo líneas después: «cuando el legitimario, sin resultar ser heredero, no es tampoco legatario, la reclamación dirigida a la efectividad de su legítima opera a la manera de acción de división de herencia; el legatario de lo que por legítima le corresponda, sin mayor precisión por el testador, hay que situarlo en este supuesto, así como al legatario parciario por legítima».

Como argumento teleológico a favor de nuestra tesis, en aquella ocasión, señalamos que sus consecuencias eran más justas y perfectas que las resultantes de la posición adversaria. Por proteger mejor los derechos de aquellos legitimarios cuya porción debe abonarse en metálico. Con la tesis de la adjudicación para pago (295), «los legitimarios podrían ser fácilmente burlados, pues al heredero le bastaría vender la explotación y quedar insolvente, para que el derecho de aquéllos se esfumase y se transformase en ilusorio si no se daban los presupuestos de la acción pauliana». En cambio, con la construcción que defendimos, el legitimario no podría quedar perjudicado por la enajenación de la explotación por el heredero, pues al mantenerse latente la designación legal del artículo 806, mientras el legitimario no fuere pagado le restaría entretanto como arma contundente la propia *actio familiae eriscundæ*.

Hoy, prácticamente mantenemos parecida solución. Pero con otra explicación técnica. En la primera parte de este trabajo, después de estudiar detenidamente la cuestión, abandonamos la tesis de la doble designación. Precisamente llegamos a la conclusión de que en nuestro Código civil no existe vocación forzosa alguna a favor de ningún legitimario—excepto el cónyuge viudo—y que la legítima jurídicamente, en nuestro Derecho, se traduce exclusivamente en una serie de limitaciones dispositivas.

En sus normas reguladoras de las legítimas el Código civil no hace llamamientos. Solamente reserva (en sentido de señalar su destino) cierta porción de los bienes a favor de determinadas personas. Únicamente permite al causante disponer «mortis causa» de la porción reservada precisamente a favor de esas personas. Sobre

(295) Notemos que la pretendida adjudicación no sería hecha para que el heredero «pague las legítimas», sino «para mantener indivisa la explotación». Este sería el fin de la adjudicación, mientras la obligación de pago de las legítimas sería la consecuencia de la realización de dicha adjudicación.

Por otra parte, aun en caso de darse en el supuesto estudiado la figura de adjudicación que negamos, sólo con la terminología usada por GONZÁLEZ PALOMINO (*La adjudicación para pago de deudas*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. I, págs. 213 y ss.), podría llamársele adjudicación para pago. Más correcto sería decir, siguiendo la lexicología de RIVAS BAS (*La dación, adjudicación y cesión de bienes en pago de deudas*, en *Rev. Crit. Dr. Inm.*, año 1945, págs. 385 y ss.), *adjudicación en pago de la asunción de deudas*.

esta base vemos que, excepcionalmente, el párrafo 2.º del artículo 1.056 autoriza al testador para disponer de toda su herencia—concretada en una explotación—a favor de uno solo de sus descendientes. A éste, por lo tanto, le puede atribuir la parte de bienes reservada por la ley a los demás herederos forzosos. Pero dicha autorización excepcional sólo es conferida por la ley supeditándola a que el asignatario satisfaga en metálico a los demás legitimarios el valor de aquella porción, que les estaba reservada y de la que se ha permitido disponer al ascendiente testador, en interés de la familia, para conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril. Por lo tanto, en buena lógica, cabe sostener que mientras dicho pago no se haya consumado la reserva seguirá latente, repercutiendo así en la titularidad y disponibilidad del heredero. Así, la afección de los bienes al pago de las legítimas se mantendrá, aunque aquéllos hubiesen pasado a manos de terceras personas, en tanto los legitimarios no hayan percibido el metálico correspondiente. Tanto más cuanto que el causante y menos aún el heredero por sí solo, no están facultados para fijar unilateralmente la cuantía de las legítimas a pagar.

La explotación tiene su destino prefijado, pero la plena titularidad del designado, que le permita disponer sin arrastrar como un lastre la afección legitimaria, sólo la consolidará, después de determinada la cuantía de aquellos derechos—bien de común acuerdo o por decisión judicial—, cuando los haya satisfecho, o verificada la consignación de su importe en su totalidad y en debida forma (296).

(296) Por eso entendemos que la constatación registral de una partición verificada por el causante en uso de las facultades que le concede el art. 1.056, § 2.º, a la vez que asienta la atribución de dicha explotación al heredero, significa la expresión de la afección de los bienes que la constituyen al pago de las legítimas cuya satisfacción en metálico fué ordenada. Afección que debe durar mientras no conste dicho pago o la consignación, hecha en forma, del valor correspondiente. Por ello, creemos que la aplicación del art. 15 L. H. debería extenderse al supuesto que estudiamos.

A favor de su aplicabilidad han opinado ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario* cit., II, pág. 669), DÁVILA GARCÍA (*Herederos y legitimarios en el Registro de la Propiedad*, en Rev. Crit. Dr. Inm., 1945, pág. 640) y CASSO (*Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.ª ed., Barcelona, 1946, II, pág. 409).

FUENMAYOR (*La mejora de labrar y poseer*, loc. cit., pág. 903) lo pregunta señalando el gran interés que su aplicación significaría en el supuesto de pago de las legítimas con rentas en saco, tan usual en Galicia. Pero no lo resuelve.

Ciertamente, la letra actual del precepto es un obstáculo para la respuesta afirmativa. Como hacen notar SANZ (op. cit., págs. 138 y ss.), GONZÁLEZ PALOMINO (loc. cit., pág. 454, nota) y COSSÍO (*Lecciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1945, pág. 196): ¿qué legitimario en Derecho común no es de parte alicuota?; ¿qué legitimario de Derecho común no puede promover el juicio de testamentaria?

Pero de ello, consecuentemente, sólo podremos deducir que si el artículo 15 L. H. no es aplicable en el supuesto del § 2.º del art. 1.056, la afección de los bienes de la herencia en garantía de la legítima deberá existir sin las atenuaciones del artículo 15 L. H. Porque, lo que estimamos insostenible, por lo dicho en el texto, es la aplicación de la doctrina del art. 45 L. H., relativa a las adjudicaciones para pago, como ha pretendido PORPETA (loc. cit., pág. 204).

d) ¿A qué momento debe atenderse para fijar la suma de dinero que corresponda percibir a los legitimarios excluidos de la explotación?

El problema llega a alcanzar enorme interés cuando el valor de la moneda ha sufrido alteración en el tiempo intermedio entre la fecha del fallecimiento del causante y del pago a los legitimarios.

Roca Sastre (297) plantea y resuelve así el problema: «Evidentemente, el valor o importe de la legítima es el que tenía al tiempo de fallecer el causante... Ahora bien, la influencia de la depreciación del dinero en la legítima depende de la forma en que haya cristalizado la fracción de valor económico en que aquella fundamentalmente consista; y lo mismo ante el suceso o fenómeno inverso posible de revalorización monetaria.»

«Si la legítima—prosigue—ha de ser percibida por los legitimarios por vía de *institución de heredero* o de *legado o donación no dinerarios*, la depreciación monetaria propiamente no repercutirá, aunque la herencia consista toda en dinero o créditos dinerarios y que el legado se entregue bastante después de fallecido el causante.» Pues «puede que el alza que del valor de las cosas produzca la depreciación monetaria resulte que al efectuarse la partición el legitimario, que a la vez sea coheredero, se encuentre con un lote adjudicado de bienes cuyo valor supere en mucho el que al tiempo del fallecimiento del causante tenía su cuota hereditaria, aunque coincidente entonces con el valor de su legítima (es decir, que aunque los valores nominales hayan variado, el valor real se mantiene; el menor valor real de la moneda produce un aumento de valor nominal de lote—acotamos nosotros—); pero este resultado—que los distintos criterios valorativos de los artículos 818 y 1.074 acusan—no cuenta para la legítima, incluso en el caso inverso de que por el robustecimiento de la divisa ésta quedare revalorizada, puesto que se trata de oscilaciones que en el valor de sus cosas siente el propietario (y por lo tanto, en su cuota, el cotitular—añadimos—). Lo mismo es aplicable al legado legitimario (y a los supuestos de dejárseles lo que por legítima les corresponda y de complemento de legítima—según añade después—) cuya entrega se haya demorado.»

Pero, entiende lo contrario tratándose del supuesto del artículo 1.056 de que nos ocupamos: «La depreciación de la divisa nacional repercute directamente—dice—en los casos en que la legítima tenga su expresión concreta en dinero, principalmente cuando, en definitiva, la percepción legitimaria tiene lugar en función de pago en una cantidad de dinero por los herederos. Así ocurre en los supuestos del artículo 1.056, apartado 2.º, y del artículo 840. En estos casos, si la legítima se paga poco después de la apertura de la sucesión no hay normalmente problema, pero si se paga

tiempo después en que el dinero se ha desvalorizado sensiblemente, ¿podrá tenerse en cuenta esa depreciación monetaria en la forma que se indica en el texto? Hay que sostener que no, aunque ello sería lo justo.»

«Lo que se ha dicho—añade—es igualmente aplicable a los legados y donaciones legitimarias de créditos dinerarios.»

Estamos conformes con esta última afirmación. Por lo menos si aquel crédito fuese vencido, líquido y exigible al fallecer el testador. Si éste individualiza un crédito dinerario de la herencia para satisfacer a un legitimario, realiza con esta atribución una individualización de riesgos. El momento de la delación coincide con el de la atribución concreta. Ha desaparecido en flor la comunidad hereditaria, y cada titular ha de pechar con sus respectivos *periculum et commodum*.

Pero entendemos cosa distinta en relación a los supuestos del párrafo 2.º del artículo 1.056 y del artículo 840 del Código civil. No olvidemos lo que ha reconocido el propio Roca Sastre (298): «Una vez esté la legítima deferida, hay que desechar en absoluto en nuestro sistema toda concepción legitimaria obligacional, pues incluso en el trance más fluido para el legitimario, como es el previsto por el artículo 1.056, apartado 2.º, hay que entender que, *mientras a los demás hijos no se les haga efectiva su legítima, mediante el consiguiente pago del dinero correspondiente...*, *subsistirá sobre el patrimonio relicto el derecho de legítima, el cual confiere a cada legatario una titularidad respecto de una fracción del valor económico de dicho patrimonio.*»

Siendo así—preguntamos nosotros—¿por qué el criterio de tan ilustre autor, en el caso de que el pago de la legítima se haya legalmente autorizado en metálico, difiere del que adopta en aquellos supuestos en los cuales dicho derecho debe ser satisfecho con bienes del caudal no individualizados previamente? Si el valor a satisfacer en metálico a los legitimarios, mientras no se haya pagado, representa «una *fracción* del valor económico de dicho patrimonio», ¿por qué esa fracción en un caso—pago en bienes del caudal—es proporcional y en otro—autorización de pago en metálico está nominalmente prefijada?

El artículo 818 no puede servirle de apoyo. Ya lo dijimos en la primera parte de este trabajo. La finalidad de dicho precepto se limita a facilitar una pauta para calcular la porción de herencia de la que el testador pudo disponer y aquella otra indisponible por él. Para ello hace falta determinar el valor de la legítima con referencia a la fecha del fallecimiento del *decurus*, para conocer qué legados y donaciones deben rescindirse, total o parcialmente, por inoficiosidad. Pero la legítima, como «parte alicuota» que es del activo líquido, no queda nominalmente fijada en una cifra inmutable. Su valor nominal no se petrifica. Sólo se calcula para averi-

guar la masa líquida a la que ha de referirse aquel quebrado. Cuando quiera conocerse su valor o pagarlo en cualquier otro instante dado, habrá que atender, como resulta del artículo 1.074 del Código civil, al valor correspondiente a aquel quebrado en el momento del pago. Lo mismo da que se satisfaga *in natura* o por su equivalente en metálico, en los casos en que la ley así lo autoriza. De no ser así, el metálico abonado no sería *equivalente* al valor de la parte de bienes cuya satisfacción *in natura* sustituye.

Claro que se objetará que si la herencia tiene un cierto activo y un pasivo poco menos notable, la disminución del valor adquisitivo de la moneda favorecerá al legitimario de modo tal que recibirá un valor efectivo superior al que hubiese recibido de ser pagado en la fecha de la delación.

Un ejemplo aclarará el supuesto: Supongamos una herencia constituida por una explotación industrial, con un activo bruto de 10.000.000 de pesetas y un pasivo de 7.000.000. Son cuatro los hijos del causante y su padre hizo uso de la facultad conferida en el párrafo 2.º del artículo 1.056. La legítima estricta de cada uno de ellos en el momento de la delación valía 250.000 pesetas. Es decir, 3.000.000 (= activo líquido): 12 (= tercio de legítima estricta entre cuatro hijos). Pero posteriormente se desvaloriza la moneda en un 50 por 100. El activo bruto *nominalmente* se eleva a un valor de 20.000.000. El valor nominal del pasivo no varía, pues las deudas eran dinerarias pagables en moneda nacional de curso corriente.

Teniendo en cuenta esa desvalorización del 50 por 100 de la moneda, la legítima de cada hijo debería valer 500.000 pesetas con la nueva cotización. Pero, el resultado práctico resulta ser otro. Calculando de nuevo, en el acto del pago, el activo líquido resultará elevado a 13.000.000 (= 20.000.000 — 7.000.000). Y, calculando así la suma a pagar a cada legitimario, obtendremos: 13.000.000 (= activo líquido): 12 (tercio entre cuatro) = 1.083.333,333.

La desvalorización real de los créditos, por no haber cambiado éstos de valor nominal, mientras éste ha perdido el 50 por 100 de su valor adquisitivo, ha redundado en aumento del valor líquido de la explotación, cuyo valor real bruto no ha variado al mismo tiempo que nominalmente lo ha duplicado. La explotación, si el pasivo hubiese mantenido igual valor efectivo, sólo hubiese duplicado nominalmente su valor neto inicial ($3.000.000 \times 2 = 6.000.000$). Pero como el pasivo ha sufrido igual desvalorización que la moneda, en la cual estaba determinado, resulta que ese 50 por 100 de desvalorización efectiva del pasivo, traducida al valor nominal actual, supone un aumento del activo líquido de otros 7.000.000 (mitad del valor efectivo inicial de la deuda, es decir, 3.500.000 pesetas que traducidas en moneda actual, de la mitad del valor efectivo de aquélla, dan un valor nominal de 7.000.000 de pesetas actuales). Con lo cual el valor líquido nominal de la explota-

ción, en lugar de doblarse ha más que cuatriplicado. Y su valor real no sólo se ha mantenido incólume, sino que ha aumentado en más de un 50 por 100. Esto último por razón de la desvalorización, que de modo efectivo—pese a mantener su valor nominal—, ha sufrido el pasivo de la explotación.

Ante esta evidencia, en primer término debe notarse que ese mismo resultado, lucrativo para el legitimario, se produce también en los supuestos análogos en que la legítima debe satisfacerse *in natura*; es decir, por las reglas normales de la partición. No se trata, por tanto, de una consecuencia que solamente tenga lugar cuando la legítima haya de satisfacerse en metálico.

Además, penetrando en el fondo del problema, debe preguntarse si ese *plus valor* del activo con relación al pasivo, desvalorizado a la par que la moneda corriente (por estar determinado en una cantidad nominal de la misma), ¿es justo que sólo beneficie al heredero, que aún no ha satisfecho a sus hermanos el valor que en el activo hereditario les correspondía? En el interés unos y otros son copartícipes del activo. Los riesgos favorables, no debidos a industria, y los adversos, no ocasionados por culpa o dolo, deben repercutir proporcionalmente entre todos los partícipes. No a favor ni en contra de uno solo de ellos.

Cosa distinta será cuando, de común acuerdo, legitimarios y heredero concreten la suma a pagar traduciéndola en moneda cuyo pago aplacen por el motivo que sea, garantizando o no su efectividad. O bien si la transforman en una pensión periódica, como en el supuesto del artículo 838, con relación a la legítima del cónyuge viudo, o como ocurre en las *rentas en sacco* gallegas. Entonces sí que hay una concreción de bienes que produce la consiguiente individualización de *periculum et commodum*. Antes hubo sólo una determinación de la forma de pago. Pero no su individualización en un capital o pensión determinados, no sólo en su especie sino también en su cuantía. Dato este último imprescindible para concretar cualquier objeto consistente en una suma de dinero.

Ahora bien, si en los demás casos se juzgase que la desvalorización o revalorización del pasivo debe repercutir exclusivamente a favor o en contra del heredero asignatario de la explotación, entonces la solución debería ser otra. Para hallarla bastaría resolver esta operación: Calculados el haber bruto y el activo líquido con referencia a la fecha del fallecimiento del *de cuius*, y conocido el quebrado o porcentaje que la legítima estricta representa en el activo líquido, hállese el quebrado o porcentaje que esa misma legítima representa en el activo bruto. V. gr. en el caso antes referido: activo bruto = 10.000.000; activo líquido = 3.000.000; quebrado representativo de la legítima estricta de cada uno de los cuatro hijos = $1/12$ de 3.000.000, que equivale a 250.000 pesetas. Cantidad ésta que, con relación a 10.000.000, representa $1/40$ de los mismos. Conocido ese quebrado, o el porcentaje correspondiente, deberá aplicarse en el momento del pago, al valor nominal que

tenga entonces dicho activo bruto (299). Así el legitimario habrá recibido en el momento de su satisfacción un valor nominal doble al que le hubiese correspondido en la fecha de la delación (20.000.000 : 40 = 500.000), pero como en esa hipótesis que examinamos la moneda se ha desvalorizado en un 50 por 100, habrá recibido idéntico valor efectivo.

De esta forma, se habrá satisfecho, en valor actual, la misma participación real que representaba la legítima como cuota de activo líquido en el activo bruto existente en el momento de la delación. Es decir: el valor del líquido fijado en su día traducido al actual poder adquisitivo de la moneda.

En resumen, con nuestra tesis el legitimario a quien el testador, en uso de las facultades conferidas en el párrafo 2.º del artículo 1.056, haya dispuesto que le sea abonada su legítima en metálico, es un legatario parciario con los siguientes caracteres:

1.º No responde frente a los acreedores de las deudas hereditarias y, por lo tanto, no sufre la obligación solidaria impuesta a los herederos en el artículo 1.084.

2.º Su derecho contra el heredero no es un mero crédito resultante de una adjudicación para pago meramente particional. Muy al contrario, su legítima, que le fué directamente atribuída en metálico, se halla protegida con la especial afección de todos los bienes de la herencia, como consecuencia de la reserva hecha por la ley a favor de todo legitimario.

(Continuará.)

(299) Claro que debe sumarse al activo bruto, que exista en el momento del pago, tanto el precio de las partidas vendidas como la valoración del desme-recimiento sufrido por culpa o dolo del heredero asignatario. Así como debe restarse el valor de las mejoras debidas a industria o capital del mismo asignatario.

Mandato para enajenar

DR. JUAN-BAUTISTA JORDANO

Becario en el Instituto Jurídico
de la Universidad de Coimbra

SUMARIO: 1. Mandato y poder.—2. Fuentes legales del mandato sin poder.—3. El problema central del mandato *ad alienandum*. Plan de estudio.—4. Fundamento técnico-jurídico del mandato para enajenar: diferentes explicaciones del fenómeno.—5. A) Doctrinas que pretenden justificar el paso de la propiedad *re/o ra* del mandante al tercer adquirente: a) Teoría de la concesión del *ius disponendi* al mandatario.—6. Refutación.—7. b) Teoría de la autorización (*Ermächtigung*).—8. Obstáculos y objeciones que se oponen a la adopción de este concepto.—9. c) Teoría de la «legitimación para el tráfico» combinada con el juego de la simulación relativa.—10. Apreciación crítica de las teorías basadas en el poder autónomo de disponer.—11. d) Teoría de la «legitimación extraordinaria».—12. Reparos que suscita.—13. B) Doctrinas según las cuales es imprescindible la previa transmisión del mandante al mandatario para que éste pueda enajenar: necesidad lógica de esta vía oblicua.—14. Refutación de algunos argumentos contrarios.—15. Soluciones teóricamente posibles.—16. a) Transmisión en virtud de un negocio traslativo de naturaleza abstracta.—17. Inadmisibilidad de esta solución en el Derecho español.—18. Transmisión por medio de un negocio traslativo causal: α) negocio típico (venta, permuta, donación, cesión); insuficiencia *per se* de este expediente.—19. El mandato como negocio apto para operar la previa transferencia de la propiedad *inter partes*.—20. Teoría de CARRARO.—21. Ineficacia traslativa de la *causa mandati*.—22. Crítica de la concepción de CARRARO.—23. Teoría de MONACCANI.—24. Apreciación crítica.—25. β) El recurso a un negocio traslativo atípico de naturaleza causal.—26. Tesis negativa de PUGLIATI.—27. Valoración de las razones contrarias a la admisibilidad del negocio fiduciario. Posibilidad de superar el escollo de la «propiedad fiduciaria».—28. *Numerus apertus* de negocios traslativos.—29. Situación fiduciaria del mandatario *ad alienandum* investido de la cualidad de propietario por la transmisión *fiduciae causa*: sus efectos.—30. Consecuencias en el caso de quiebra del mandatario.

1. Como se sabe, la completa separación de los conceptos de mandato y poder, cual figuras autónomas, es una conquista relativamente reciente de la dogmática jurídica.

Al tiempo de redactarse el Código civil francés aún estaba sólidamente arraigada la convicción de que mandato y representación voluntaria eran una misma cosa: todo mandato implicaba una procuración y, viceversa, no se concebía ningún poder representativo que no tuviera como fuente el mandato.

A esta concepción responde el artículo 1.948 del *Code Napoléon*. «El mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa por el mandante y en su nombre.»

IHERING dió un paso decisivo en pro de la autonomía de las dos figuras confundidas por la doctrina tradicional: hizo ver que no todo mandato otorga poderes representativos—hay mandatarios sin poder que no son *representantes*—, pero no llegó a emancipar la representación voluntaria del mandato.

Fué LABAND quien definitivamente separó los conceptos de mandato y poder al señalar otras fuentes posibles de representación voluntaria (sociedad, arrendamiento de servicios, etc.).

El hecho de que pueda existir tanto un mandato sin poder como un poder sin mandato, es la prueba más elocuente de que las dos figuras tienen naturaleza jurídica completamente distinta, aun cuando a veces coexistan sin confundirse, unidas en su nacimiento y entrelazadas en sus efectos (1).

La atomización del viejo concepto francés de mandato en dos institutos dotados de valor dogmático independiente (*mandato y poder*) señala tres trayectorias al investigador (2):

- | | | | | |
|-----|--|--------|---|-----------------------------------|
| 1.ª | Mandato con poder.. | | } | Representación <i>directa</i> . |
| 2.ª | Poder sin mandato o simple
procuración | | | |
| 3.ª | Mandato sin poder o comisión,
en el ámbito mercantil | | } | Representación <i>indirecta</i> . |

La tercera es la del mandato puro, de tipo romano, que responde a la actuación en nombre propio por cuenta y encargo ajenos. Dentro de ella cabe distinguir, por razón del objeto:

- a) Mandato para administrar.
- b) Mandato para adquirir.
- c) Mandato para enajenar.

2. El Código civil español, alejándose del modelo francés, plasmó un concepto legal del mandato, acompañado o no de representación directa, que deja lugar para el puro mandato desprovisto de todo actuar en nombre del mandante y aun para la simple procuración.

En efecto, el artículo 1.709, al decir que «por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra», silencia a propósito las palabras «y en su nombre» del artículo 1.984 del Código napoleón-

(1) Vid. FERRER CORREIA: *A procuração na teoria de representação voluntária*, Coimbra, 1948 (Separata del «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra», vol. XXIV), págs. 6-8.

(2) Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Mandatario sin poder*, en «Revista de Derecho privado», 1946, pág. 609.

nico. Y el artículo 1.717 establece que «cuando el mandatario obra *en su propio nombre* (mandato sin representación directa), el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario».

El Código de comercio consagra también abiertamente la figura del mandato sin poder, aunque no llega a libertar la representación voluntaria de las mallas del mandato.

En el art. 245 se dice que «el comisionista (que es un mandatario mercantil según el art. 244) podrá desempeñar la comisión contratando *en nombre propio* (mandato mercantil sin poder) o *en el de su comitente* (mandato mercantil con poder representativo)». A seguir el art. 246, al igual que el 1.717 del Código civil, dispone que «cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí».

Por último, en el art. 287—incluido en la sec. 2.ª del Tít. III, Lib. II del Cód. de com., bajo el epígrafe «De otras formas del mandato mercantil; Factores, dependientes y mancebos»—se ordena que «el contrato hecho por un factor *en nombre propio* le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado; mas si la negociación se hubiere hecho *por cuenta del principal* la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal».

Se regula aquí, por tanto, una hipótesis de representación indirecta, mitigada por la concesión de una acción directa al tercer contratante frente al principal: el legislador descubre aquí una especie de *contemplatio domini* excepcional basada, no en el *agere nomine alieno*, como sería lo normal, sino en el mero actuar por cuenta ajena.

A la vista de todos los textos legales expuestos, y recordando las consideraciones generales que dejamos escritas en el número anterior, puede decirse que dentro del ordenamiento privado español, tanto civil como mercantil, cabe perfectamente la figura del mandato sin poder en sus tres modalidades de mandato para administración, adquisición y enajenación (3). Y no sólo ésto,

(3) Preferimos hablar de comisión (o mandato) para adquirir y enajenar, en lugar de comisión para comprar y vender, con el fin de comprender toda clase de adquisición o enajenación que no son compra o venta (permuta, cesión, donación).

sino también la simple procuración al margen del mandato, como negocio jurídico unilateral autónomo o ligado a otras relaciones gestorias (arts. 1.259 y 1.692 Cód. civ.) (4).

No se objete que la concepción del fenómeno representativo que se refleja en muchos lugares de los dos códigos del Derecho privado—la representación como simple efecto o aspecto del mandato—, excluye la posibilidad de las tres trayectorias antes apuntadas, especialmente la que se refiere a la posibilidad del mero poder sin mandato. No hay que olvidar—recuerda FERRER CORREIA (5)—que las definiciones contenidas en la ley no tienen valor vinculativo, «a no ser cuando deba pensarse que la recepción del concepto en la ley fué únicamente el procedimiento al que recurrió el legislador para imprimir el cuño de la juridicidad a las soluciones que el mismo reviste. Pero la necesidad de tal conclusión presupone, como es obvio, que haya buenas razones para juzgar que el legislador conocía profundamente la problemática central del instituto». Y que no fué éste el caso de nuestro legislador con relación al instituto representativo es demasiado evidente para dispensar la demostración.

3. En este trabajo nos vamos a ocupar exclusivamente del puro mandato *ad alienandum*, o sea, de la hipótesis de enajenación a terceros por medio de un mandatario que actúe *proprio nomine*, que es, sin duda, la que presenta mayor interés desde el punto de vista teórico-constructivo, hasta el extremo de que en los últimos tiempos ha merecido una particular atención de la doctrina.

El cuidadoso análisis de la más reciente producción científica nos ayudará a comprender mejor la mecánica interna de esta compleja figura.

Se impone, por tanto, hacer una exposición crítica de las diferentes teorías presentadas para resolver el problema central del mandato para enajenar: ¿Cómo el mandatario que obra en nombre propio puede enajenar los bienes de su mandante?

Así estaremos en condiciones de adoptar, de cara al derecho positivo español, una explicación satisfactoria de esta discutida *quaestio iuris*.

Valoramos, por último, las consecuencias prácticas de nuestra construcción, teniendo muy en cuenta los diferentes y encontrados intereses que están en su seno. De esta suerte, siguiendo un prudente conceptualismo teleológico, alejaremos el doble peligro de convertir nuestra investigación en un puro juego de conceptos o en un simple pesar y medir intereses.

(4) Por todos. Vid. CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, t. I, 7.ª ed., Madrid, 1949, págs. 767 y ss., y t. II, 6.ª ed., Madrid, 1944, páginas 221 y ss.

(5) *Op. cit.*, pág. 40.

4. ¿Cuál es el fundamento técnico-jurídico del mandato para enajenar?

El fenómeno ha sido explicado desde muy diferentes ángulos visuales. Las teorías formuladas pueden clasificarse en dos grandes grupos.

Hay autores que ven la única explicación satisfactoria de la eficacia real del negocio en el previo traspaso de la propiedad del mandante al mandatario encargado de enajenar, como puente ineludible: el tercero adquiriría de forma indirecta del mandante y directamente del mandatario.

Para otros—y son los más—no es esa la única explicación posible. Y señalan diversos caminos para justificar que, en virtud del acto dispositivo del mandatario, la propiedad puede, sin rodeos, pasar inmediatamente—*recta via*—desde el patrimonio del mandante al del tercer adquirente.

Como la viabilidad de esta última directriz, en cualquiera de sus variantes, privaría a la primera de toda su fuerza lógica, es oportuno hacer la exposición de las diferentes teorías comenzando por las del segundo grupo.

5. Una de las vías a que poco antes nos referíamos consiste en juzgar que el mandante tan sólo cede al mandatario el *ius disponendi*, que, al ser ejercitado, hará pasar directamente la propiedad del mandante al tercer adquirente.

Así piensa, por ejemplo, NAVARRO MARTORELL, que, en principio, acepta la teoría del desplazamiento entero y eficaz del poder de transmitir el pleno dominio de las cosas objeto del mandato, si bien con una restricción que hace que su postura no sea unitaria sino ecléctica.

A su entender el mandatario *proprio nomine* recibe la propiedad (aunque personalmente obligado frente al mandante) en aquellos casos de mandato sin poder para enajenación, en los cuales se trata de inmuebles u otros bienes cuya propiedad esté sujeta a inscripción en Registros públicos (p. ej., automóviles y navíos). Por el contrario, en la duda, debe concluirse en contra de la transmisión de propiedad al mandatario en todos los demás casos de mandato sin representación para enajenar, por ser ésta la solución menos peligrosa para los intereses en juego, pudiéndose explicar entonces la facultad de disposición del mandatario por medio del traspaso del poder de disposición (6).

6. Pero esta teoría parte, al menos en su formulación (7), de un concepto ya superado de la propiedad, considerada como suma de facultades (8). Por ello el expediente casi plástico del paso,

(6) *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, 1950, págs. 165-66.

(7) Cfr. NAVARRO MARTORELL, op. et loc. cit.

(8) En contra de este concepto clásico del derecho de propiedad y a favor de la moderna concepción, vid. BARASSI: *La proprietà*, Milán, 1939, pá-

del mandante al mandatario, de una de las facultades—*ius disponendi*— que integran el contenido del derecho de propiedad (cfr. art. 348 Cód. civ.), por muy sugestivo que sea hay que descartarlo en absoluto.

7. Con mayor acierto se ha recurrido para explicar el fenómeno que estudiamos al concepto de «autorización» (*Enmächtigung*), entendida como «el negocio atributivo del poder de disponer eficazmente—*inter partes* y frente a terceros—en nombre propio de los derechos del autorizante» (9).

Así, según CARIOTA-FERRARA, uno de los más calificados mantenedores de la tesis en examen, con base en la autorización se tendría una enajenación válida y eficaz del derecho ajeno, en el propio nombre, sin necesidad de una precedente adquisición del enajenante. La venta realizada por el mandatario no propietario no sería nula o ineficaz desde el punto de vista real, como venta de cosa ajena (10), puesto que aquél tiene el poder autónomo de enajenar la cosa que no le pertenece por delegación del mismo propietario. De donde se concluiría que en el mandato *ad alienandum*, la propiedad no se adquiere primero por el man-

ginas 27 y ss.; *La proprietà nel nuovo Codice civile*, 2.ª ed., Milán, 1943, págs. 149 y ss.; F. VILLAVICENCIO: *La facultad de disposición*, en este ANUARIO, tomo III, fasc. 4, págs. 1032 y ss.

(9) GRAZIANI: *La cessione dei crediti*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1931, I, págs. 278 y ss., especialmente págs 307 y ss. Desde el punto de vista histórico, vid. BURDESE: *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Turín, 1950, especialmente págs. 57 y ss., quien, salvo algunos casos excepcionales, se pronuncia en favor de la transmisión *recta viâ* del mandante al tercero, haciendo uso del concepto de autorización.

(10) Según nuestro sistema, en principio, sólo el propietario de una cosa tiene derecho a disponer de la misma (art. 348 Cód. civ.). La jurisprudencia ha reconocido expresamente la vigencia de la regla *nemo dat quod non habet* (Sentencias de 29 octubre 1915, 26 abril 1916 y 7 enero 1926, entre otras). No obstante, como en el Derecho español la venta de cosa ajena no está prohibida por ningún precepto legal, tanto la doctrina (CASTÁN, op. cit., T. III, pág. 22; PÉREZ y ALGUER: *Anotaciones al Tratado de Enneccerus*, T. II, vol. 2, págs. 23-24; MENÉNDEZ: *Ensayo sobre la «venditio rei alienae» en el Derecho clásico y en las legislaciones modernas*, en «Revista de Derecho privado», 1914, págs. 337 y ss.; GAYOSO: *Cuestiones sobre el contrato de compraventa*, ibidem, 1921, págs. 218 y ss., esp. págs. 222-223; contra MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, T. X, pág. 25), como la jurisprudencia (Sentencias del T. S. de 31 enero 1921, 19 diciembre 1946, 28 junio 1947 y 1 marzo 1949, y Resoluciones de la Dirección General de 6 diciembre 1898, 2 septiembre 1902 y 6 diciembre 1928) han reconocido la eficacia meramente obligatoria de la misma, posible por tratarse de un contrato consensual, que incluso según algunos autores (Vid. ALBALADEJO GARCÍA: *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1947, págs. 409 y ss.) no implica la obligación de transferir la propiedad. Pero el hecho de que se admita dentro de estos límites la validez de la venta de cosa ajena no significa la derogación del principio general *nemo dat quod non habet* ni de la regla *res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*, sino más bien su confirmación: el vendedor de una cosa ajena no transmite al comprador el dominio de la misma si previamente no la adquiere del propietario para hacerle la entrega.

uatario o comisionista, sino que, merced al juego de la autorización, pasa directamente del comitente al tercero (11).

La autorización produciría, por tanto, los mismos efectos que la representación directa: tanto por medio de una como de la otra se obtendría una enajenación válida y eficaz de los derechos de otro, sin la precedente investidura por parte del enajenante, con la única diferencia de que mientras el representante (directo) actúa en nombre ajeno, el autorizado obra en nombre propio.

8. Por lo que se refiere a las cosas susceptibles de registro, surgen graves obstáculos para esta construcción.

En primer lugar, si, obedeciendo al mecanismo propio de la representación indirecta, no se revela el nombre del mandante, en un sistema de registro por razón del objeto (arts. 607 Código civil y 1 y 8 L. H., en materia de inmuebles, y arts. 16, apartado 2.º, 17 y 22 Cód. com., en materia de navíos) no hay forma de dar entrada a la adquisición del tercero, enlazándola con la del mandante, como pide el principio de la continuidad de las inscripciones (tracto sucesivo). Por otro lado, en un sistema de registro por razón del sujeto (por ej., automóviles), si el *accipiens* inscribiera frente al mandatario que previamente ingresó para tal efecto en el Registro, como el mandante, aun habiendo enajenado *ex alia persona*, aparecería como si nunca hubiera enajenado, cabe la posibilidad de que realice a su vez nuevos actos dispositivos, de tal suerte que en el conflicto entre los causahabientes de uno y otro, habría que dar la preferencia a los del propietario verdadero (mandante).

CARIOTA-FERRARA cree que no faltan remedios para esos males: el adquirente tomaría conocimiento del nombre del comitente-propietario e inscribiría la adquisición en contra suya, trayendo causa directamente de él. Tal conocimiento posterior a la perfección del negocio dispositivo del comisionista, o incluso anterior, no convertiría la representación indirecta en representación directa. Segun el mismo autor, de estas dificultades de Derecho adjetivo relativas a la publicidad no se podría deducir ningún argumento contrario a la exactitud de la solución sustancial (12).

No participamos de la opinión del ilustre civilista. La autorización es, en realidad, un sustitutivo de la representación directa, un artificio verbal—simple juego de palabras—o, por lo menos, un artificio técnico, en virtud del cual, respetando el diverso mecanismo de la actuación en nombre ajeno y en nombre propio, se viene a aproximar en los resultados la representación directa y la indirecta (13).

(11) CARIOTA-FERRARA: *I negozi fiduciari*, Padua, 1933, págs. 68-69; Vid. también del mismo autor, *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Nápoles, 1949, págs. 690 y ss.

(12) *I negozi fiduciari* cit., pág. 69, nota 3.

(13) PUGLIATI: *Fiducia e rappresentanza indiretta*, en «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1948, pág. 278.

9. Consciente de las graves dificultades de orden práctico que lleva consigo el poder autónomo de disposición del derecho ajeno en nombre propio, un fino jurista, NÚÑEZ LAGOS, ha intentado evitarlas uniendo el concepto de «legitimación para el tráfico» (equivalente de la *Ermächtigung*) con el juego de la simulación relativa.

El papel del negocio manifiesto y fingido, cubriendo al negocio serio y disimulado (mandato), consistiría precisamente en hacer posible la actuación en nombre propio, sin los inconvenientes registrales y sustanciales de la simple legitimación (en el sentido del llamado poder de disposición).

Las partes—observa NÚÑEZ LAGOS—no han pensado ni consentido más que el contrato de mandato y *por tenerlo oculto ante tercero*, en vez de conferir poderes, como acto meramente instrumental, eligen y otorgan un negocio jurídico de disposición: venta, donación, etc. Pero este negocio transmisivo es únicamente *medio de ejecución del mandato*, único contrato verdad «inter partes».

La transmisión del mandante al mandatario—continúa—no existe más que en apariencia, sin ser de hecho querida por las dos partes. Está destinada a llenar el presupuesto de la preexistencia de la titularidad en el patrimonio del mandatario *proprio nomine*. Mas, si *inter partes* no existe, funciona frente a tercero como si el mandatario fuera un auténtico propietario. Y ello por dos razones: una, porque la simulación no es oponible a terceros (de buena fe, añadimos); otra—y ésta es la decisiva—por la llamada legitimación para el tráfico, que es también el fundamento de la simulación (y que, a nuestro entender, es la que tornaría irrelevante el conocimiento del mandato a efectos de la mala fe).

«La legitimación—según el mismo autor—es un poder de disposición que no emana del verdadero propietario ni directamente—*ius disponendi* (14)—ni mediatamente por medio del poder de representación. La legitimación es una figura intermedia entre el poder de representación y la propiedad. De propiedad tiene la apariencia; de poder, la sustancia: el obrar con efectos para el *dominus*. Para el auténtico poder de representación, le falta la *contemplatio domini*, que sustituye por una apariencia de propiedad. Para ser propiedad... le falta la propiedad misma. A veces, casi normalmente, legitimación y propiedad coinciden. Pero esta coincidencia no modifica el concepto, pues en la legitimación se ejercitan válidamente las facultades de disposición del propietario, abstracción hecha y con independencia de si es propietario o no. Al transferir, pues, la propiedad de las cosas el mandante al mandatario, *causa mandati*, se dota al mandatario de una simple legitimación para el tráfico. Frente a terceros, como tal legitimado,

(14) Recuérdese que NAVARRO MARTORELL configura así el poder de disposición. Vid. *supra*.

transmitirá válidamente la propiedad. *Inter partes* no habrá más que una relación de mandato. Nunca transmisión de propiedad» (15).

El concepto de legitimación, combinado con el mecanismo de la simulación relativa, explicaría así el fenómeno, sin que sea necesario recurrir al dualismo *propiedad formal-propiedad material* —perteneciendo la primera al mandatario y la segunda al mandante—, adoptado por algunos autores (ENDEMANN y DERNBURG, entre otros), pero que tiene pocas probabilidades de éxito fuera de los países que no conocen un sistema doble del derecho de propiedad, como por el contrario es, actualmente, el caso de Inglaterra, donde al lado de la propiedad *at law* hay una propiedad *in equity*.

10. Por muy sugestiva y bien fundada que parezca esta construcción no deja, sin embargo, de tener sus puntos flacos.

Aparte de la inconsistencia dogmática de la legitimación para el tráfico y de la autorización, entendidas como atribución del llamado poder de disponer (16), se ha puesto de relieve que ese concepto no explica satisfactoriamente la naturaleza del mandato *ad alienandum*, puesto que la autorización o legitimación confiere una mera *facultad*, mientras que el acto dispositivo del mandatario sin poder constituye el cumplimiento de una *obligación* y no el ejercicio de una facultad. En una palabra: la esencia del mandato consiste en un *encargo*, que es un concepto incompatible con el de *autorización* (17).

El mismo CARIOTA-FERRARA reconoce implícitamente esta diferencia cuando dice que la característica esencial que aproxima la representación indirecta y la autorización consiste en esto: que en ambas existe una enajenación válida y eficaz de los derechos de otro, en nombre propio, sin una precedente adquisición del enajenante; no obstante—agrega—*permanecen distintas*, porque en la primera hay una *obligación* y en la segunda apenas una *facultad* de actuación en la esfera jurídica ajena (18).

Fácilmente se percibe la diferencia entre mandato y autorización para disponer: *a)* desde el punto de vista *estructural*, el primero es un contrato y la segunda un negocio jurídico unilateral (recepticio); *b)* desde el punto de vista *funcional*, el mandato onera al mandatario con la obligación de disponer por cuenta del mandante, al paso que la autorización atribuye una simple facultad de disposición, en el interés principal del autorizado (19).

(15) NÚÑEZ LAGOS, op. cit., págs. 615-617.

(16) Acerca de lo cual, vid. la concienzuda crítica a que últimamente lo han sometido CARRARO («Il mandato ad alienare», Padua, 1947, págs. 50 y siguientes) y MENGONI («L'acquisto a non domino», Milán, 1949, págs. 18 y siguientes). Cfr. también F. VILLAVICENCIO, op. cit., pág. 1042 y notas 56 y 76.

(17) Vid. MENGONI, op. cit., pág. 54.

(18) Op. ult. cit., págs. 68-69.

(19) Cfr. MENGONI, op. cit., pág. 54, nota 4.

Con todo, no es éste el defecto capital de la teoría.

En el ordenamiento positivo español no se pueden transplantar sin más las tendencias doctrinales que se formaron alrededor del B. G. B., cuyo § 185 reconoce implícitamente el concepto de *Ermächtigung*, atribuyéndole la capacidad de producir un poder autónomo de disposición de los derechos ajenos en nombre propio.

En la falta de una norma legislativa expresa, no queda más que la hipótesis de la autorización como negocio jurídico productor de un poder dispositivo, con base en la voluntad del autorizante, lo que parece se debe excluir (20).

Aun considerando la autorización como una *ratihabitio* del mandante, tampoco se conseguiría una solución satisfactoria, visto que la ratificación sólo puede desplegar sus efectos respecto a los negocios cumplidos en nombre del representado por el representante falto de poderes (cfr. arts. 1.259 ap. 2 y 1.727 ap. 2 Cód. civ.). La autorización como requisito *ex post facto* tropezaría, por otra parte, con el mismo obstáculo que la autorización como presupuesto o requisito previo para justificar la validez real de la venta de cosa ajena; y es que el contrato sólo puede ser convalidado si el vendedor de una cosa perteneciente a otro *adquiret por cualquier título legítimo la propiedad de la cosa vendida*. Según el sistema no hay otro camino. Así, pues, las explicaciones fundadas, ya sobre el concepto de autorización (CARIOTA-FERRARA), ya sobre el concepto de legitimación (NÚÑEZ LAGOS), que al final se sustancian en el poder autónomo de disponer del derecho ajeno, no pueden ser acogidas de cara al derecho español.

11. Ultimamente, MENGONI ha ensayado otro camino, haciendo aplicación del concepto de legitimación extraordinaria, entendida ésta no como poder jurídico de disponer, sino como «*mera posibilidad objetiva*, que surge para la persona investida de una especial relación con dado derecho subjetivo, como *efecto reflejo del ordenamiento jurídico*» (21).

Según dicho autor, admitido que, en virtud del acto dispositivo del mandatario, el derecho pasa directamente del patrimonio del mandante al del tercer adquirente, la comisión de venta se perfila como un medio de extender la legitimación a un sujeto (comisionista) diverso del titular del derecho (comitente).

La legitimación del comisionista resultaría precisamente, no tanto del contrato de mandato, como de la relación jurídica que de él se deriva y que se concreta en la obligación del mandatario de cumplir en nombre propio y por cuenta del mandante un acto de disposición sobre un derecho perteneciente a este último. Pues

(20) Vid. CARRARO. op. cit., pág. 62.

(21) Op. cit., pág. 28. En sentido análogo concibe la legitimación MAGALHAES COLAÇO, «Da legitidade no acto jurídico», Lisboa, 1949 (separata del «Boletim do Ministério de Justiça», núm. 10), págs. 30 y ss., y 48 y ss., que sigue el rastro de GALVAO TELES, «Dos contratos em geral», Coimbra, 1947, págs. 244 y ss.

bien, por razón de tal relación, conexa con la situación jurídica sobre la que se desarrolla el negocio dispositivo, surgiría para el comisionista la posibilidad de modificar eficazmente un derecho ajeno.

El *quid* de la eficacia de la enajenación del mandatario no residiría, por tanto, en un poder jurídico al mismo atribuido, sino directamente en la norma objetiva, por cuanto el disponente se encuentra en una particular relación (relación *ex mandato*) conexa con la materia del negocio. De ahí que el medio o fuente de legitimación sea, en la concepción de MENGONI, el puro mandato, tal como está regulado por la ley (22).

12. Un reparo fundamental suscita esta nueva teoría; y es que no se comprende bien cómo el mandatario *proprio nomine* está legitimado extraordinariamente *ope legis* para disponer, a pesar de ser *non dominus*, cuando las normas objetivas guardan silencio sobre ese punto, como es el caso del derecho positivo español.

Por otra parte, no basta apelar al ordenamiento jurídico como fuente refleja del efecto dispositivo, sino que es indispensable buscar la *razón determinante* por la cual la transferencia del derecho, del mandatario al tercero, es predispuesta por la ley (23).

Y no se diga en contrario que ese efecto está determinado por el sistema jurídico en razón de una específica relación del sujeto disponente con el derecho de que se trata (24)—en nuestro caso, el mandatario, que está obligado a enajenar la propiedad del mandante—, porque ello equivaldría a presentar una valoración puramente externa y formal, sin indagar la razón íntima, según derecho, de la eficacia traslativa del mandato *ad alienandum*.

Además, según esta construcción, no se evita el peligro, poco más arriba apuntado (*Vide* núm. 8), de asimilar en sus resultados la representación directa y la representación indirecta, puesto que la actuación en nombre propio desaparecería desde el momento en que por cualquier motivo (p. ej., exigencias registrales) el mandatario se viera obligado a exhibir el título en virtud del cual enajenó válidamente a tercero, sin ser, con todo, verdadero *dominus* (25).

13. Rechazadas las teorías según las cuales la propiedad debería pasar *recta via* del patrimonio del mandante al del tercer adquirente, queda en pie, con todo el rigor de un axioma lógico impreteri-

(22) MENGONI, op. et loc. cit.

(23) Cfr. GIORDANO: *Tradizione e potere di disposizione nel contratto estimatorio*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1949, I, págs. 191-192.

(24) MENGONI: *Profili dogmatici dell'acquisto a non domino*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1949, I, pág. 481, nota 5.

(25) En efecto, para remediar la laguna en la serie de las transcripciones, MENGONI sugiere la transcripción del *mandato*, por analogía con el art. 2.649 del Cod. civ. italiano. Tal remedio sería, a su juicio, el único posible («L'acquisto a non domino» cit., pág. 55, nota).

ble, el viejo aforismo de ULPIANO: *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse haberet* (Fr. 54, lib. XLVI ad ed., Dig. *de diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17), que expresa el principio de la legitimación.

Siempre que el mandatario *proprio nomine* tenga que disponer como tal de un derecho ajeno, deberá serle transferido previamente ese derecho, porque sólo así gozará de la legitimación *directa* de que precisa, toda vez que no contrata como representante.

No hay medio, pues, de evitar el obligado puente de pasaje de la previa transmisión del mandante al mandatario.

14. No cabe aducir contra esta idea, como hace CARIOTA-FERRARA, que normalmente entre mandante y mandatario no existe ningún acuerdo que recaiga sobre la transferencia de la cosa de uno a otro: el mandante que da al mandatario el encargo de venderle un bien suyo no tiene ni manifiesta ninguna voluntad de transmitirsele previamente en propiedad. «Objeto de su convención—escribe el mismo autor—es sólo esto: que uno da y otro acepta el encargo de *vender* el bien a un tercero y de venderlo en nombre propio, es decir, asumiendo (en el contrato futuro) la función de parte contractual con los derechos y obligaciones relativas.»

— La representación indirecta—continúa CARIOTA-FERRARA—importa que quien actúa *proprio nomine*, sin poder, aunque por cuenta de otro, resulte titular efectivo de los derechos (y obligaciones) derivados del contrato de ejecución—en nuestro caso, una venta—, precisamente porque los efectos de dicho negocio no pueden verificarse sino con relación a él; pero no puede importar que se verifique en su favor un efecto (adquisición de la propiedad) que no es propio del negocio de ejecución a cumplir, el cual está destinado a producir el efecto contrario (enajenación) (26).

Estas objeciones, a primera vista desconcertantes, no son empero decisivas. El argumento contrario al previo pasaje de la propiedad para el comisionista, que hace exclusiva referencia al aspecto bajo el que corrientemente se presenta la expresa voluntad negocial de las partes, carece de valor.

No se puede, con efecto, decir que la voluntad expresa excluya una voluntad tácita favorable al traspaso, tanto más que ésta se debe presumir sobre la base del conocido principio según el cual «quien quiere el fin, quiere el medio» (KANT).

Tampoco es convincente la razón alegada en segundo lugar contra la necesidad lógica de la previa adquisición por parte del mandatario *proprio nomine* encargado de enajenar.

En verdad, esa adquisición no es un efecto propio del negocio de ejecución del mandato *ad alienandum*; sí lo es, en cambio, la

(26) *I negozi fiduciari* cit., págs. 66-67.

obligación de entregar la cosa vendida (27) y el derecho al precio, que del mismo contrato (venta) deriva. Pero no se ve cómo estos efectos pueden producirse sin la anterior adquisición del mandatario, que constituye su presupuesto necesario o *conditio sine qua non*. Si, como se ha demostrado, cualquier otra premisa es inconsistente, hay que aceptar que la adquisición de la propiedad por parte del mandatario es indispensable.

15. En línea teórica las soluciones posibles para quien entienda que la propiedad pasa indirectamente—*obliqua via*—del patrimonio del mandante al del tercer adquirente, a través del patrimonio del mandatario, son estas:

a) La transmisión al intermediario tiene lugar en virtud de un negocio traslativo de naturaleza abstracta.

b) La transmisión se realiza por medio de un negocio traslativo causal: α) típico o β) atípico.

Examinaremos por separado las diversas soluciones de acuerdo con este esquema.

16. En aquellos sistemas jurídicos que, como el germánico, conocen la transmisión abstracta (28), el problema teórico-construtivo del mandato *ad alienandum* queda automáticamente resuelto, sin que haya lugar para las graves dificultades que se suscitan cuando se trata de buscarle solución en los ordenamientos latinos. Y ello por dos razones.

Una, porque—como es sabido—el negocio abstracto, por su misma naturaleza, aparece frente a terceros despojado de todo ropaje casual; la misma estructura del negocio consiente como cosa normal

(27) Cuya propiedad en el Derecho español se transmite por consecuencia del contrato de venta mediante la tradición (arts. 609, 1.095, 1.450 y 1.461 y sigs. Cód. civ.) si el vendedor ya era propietario; de lo contrario, la venta es ineficaz desde el punto de vista real. Recuérdese que de los principios de nuestro sistema tan sólo se desprende la eficacia meramente *obligatoria* de la venta civil o mercantil de cosa ajena (Vid. nota 10).

(28) Al hablar de abstracción del negocio traslativo nos referimos, como es evidente, a la única posible como tal y que en el momento histórico actual puede considerarse figura normal; es decir, a la abstracción relativa, verdadera y propia. En ésta, la causa es irrelevante respecto a la validez del negocio, pero relevante respecto a la situación que con base en el negocio (en sí válido) se determina o puede determinarse: en el caso de falta o ilicitud de la causa, entra en juego una acción (o excepción) de enriquecimiento injusto para rescindir o paralizar, en los límites de tal indebido enriquecimiento, los efectos que el negocio produjo o está por producir.

La abstracción absoluta, aun siendo verdadera y propia abstracción, responde a un estadio primitivo del instituto, hoy día superado. Así, la conocida discusión entre FERRARA y MESSINA acerca de la naturaleza del negocio abstracto, puede considerarse definitivamente resuelta, distinguiendo tiempos. La construcción de FERRARA, para quien el negocio abstracto, en su estructura típica y genuina, implica la abstracción *absoluta* de la causa, es un pálido recuerdo de un formalismo muerto para siempre. Actualmente sólo tiene sentido hablar de abstracción *relativa* en el sentido antes expuesto (Cfr. CARIOTA-FERRARA: *Il negozio giuridico* cit., págs. 202-203).

la omisión de la causa en el contenido exterior, sin que sea preciso recurrir a la simulación para no frustrar el mecanismo de la representación indirecta (actuación en nombre propio). En la órbita de un negocio traslativo abstracto, no tendría sentido ese recurso a la simulación, pues él mismo permite realizar el fin práctico de la comisión de venta sin exigir su mención, cosa que, por el contrario, no sucedería con un negocio causal, que, al incorporar la causa en su contenido, hace patente para todo el mundo la finalidad de las partes.

En segundo lugar, como la transmisión del mandante al mandatario se realiza *separada* de su causa, el efecto real (transmisión de la propiedad) se produce siempre por la irrelevancia de la causa respecto a la validez del negocio, quedando a salvo la estabilidad de la atribución, ya que la *causa mandati* constituye una «causa de enriquecimiento»—apta para eludir la *condictio indebiti*—capaz de justificar la *conservación* del efecto traslativo operado mediante negocio abstracto, hasta el agotamiento del mismo fin.

Tal es—según la mejor doctrina (29)—la amplitud y elasticidad que el concepto de causa despliega en el ámbito del negocio abstracto que el mero *scopus* de mandato, concretándose en el vínculo obligatorio (obligación de enajenar), podría funcionar como causa justificativa del efecto real y, al mismo tiempo, como fuente del efecto obligacional del mandato *ad alienandum*, destinado a cerrar y dar salida a la posición real constituida, en los límites del fin unitario del negocio (30).

17. Construcción seductora, que hay que poner de lado en un sistema como el español, donde, aun dentro de los títulos de crédito (31), es inadmisibles la abstracción de la causa (32).

(29) Vid. CARIOTA-FERRARA: *Il negozi fiduciari* cit., págs. 108 y ss., y auto res allí citados.

(30) Sobre esta posible construcción, Vid. CARIOTA-FERRARA, op. cit., páginas 81-82.

(31) En materia de títulos de crédito o títulos valores, tanto la doctrina como la jurisprudencia española sigue la tesis que se cifra en considerar casual la obligación cambiaría en el ámbito de las relaciones inmediatas o *inter partes*, funcionando como abstracta en las relaciones mediatas (frente a terceros tenedores del título). Vid. VICENTE y GELLA: *Los títulos de crédito en la doctrina y en el Derecho positivo*, 2.ª ed., Zaragoza, 1942, págs. 62 y ss.; GARRIGUES: *Instituciones de Derecho mercantil*, 2.ª ed., Madrid, 1948, págs. 252 y ss.; BLANCO CONSTANS: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, t. III, 4.ª ed. Madrid, 1950, págs. 390 y ss.

(32) A partir del fundamental estudio de ALVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945, nuestra doctrina se inclina resultantemente en favor del sistema causal de las transmisiones. Vid. entre otros: NÚÑEZ LAGOS: *Pago de lo indebido sin error*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1946, pág. 133; ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, t. I, Barcelona, 1948, págs. 633 y ss.; MARÍN PÉREZ: *El concepto moderno de modo de adquirir y sus repercusiones registrales en relación con la doctrina del título y el modo*, en «Revista crítica de Derecho inmobiliario», 1948, págs. 665 y siguientes; CASTÁN, op. cit., t. II, 7.ª ed., Madrid, 1950, págs. 176 y ss. y 203 y siguientes.

En cuanto a la abstracción impropia o procesal, consistente en la inversión del *onus probandi*, en el sentido de que se presume siempre la existencia y la licitud de la causa, y qu'en aduce su inexistencia o ilicitud debe demostrarla (art. 1.277 Cód. civ.) (33), creemos que no solucionaría por sí sola el problema, al menos por lo que se refiere a la validez del negocio traslativo que media entre mandante y mandatario, puesto que no desligándose aquél sustancialmente de su causa (arts. 1.275 y 1.276 Cód. civ.), que continúa siendo elemento esencial, aunque externamente pueda aparecer sin ella, la inidoneidad de ésta para operar el traspaso daría lugar a la nulidad (34).

18. Suponiendo ahora que la transmisión del mandante al mandatario se efectuase a través de un negocio causal, una de dos: o éste es típico o atípico.

En el primer caso el contrato instrumental tendría que ser un negocio traslativo de dominio: venta, permuta, donación o cesión.

Pero esta vía tropieza con un obstáculo difícilmente insuperable: la irrealidad (no seriedad) de los respectivos negocios causales elegidos por las partes.

En efecto, habría que excluir la venta por simulada: tanto el mandante como el mandatario no quieren dicho negocio en su función típica (cambio de cosa por precio). Como dice NÚÑEZ LAGOS, además de no tener consentimiento serio, carece de precio cierto. En una palabra, la venta es un contrato con causa falsa (art. 1.276, Cód. civ.), que obedece a otra causa verdadera y lícita—el mandato—, pero que *inter partes* no es de los ciertos contratos, aptos para transmitir la propiedad (art. 609 Cód. civ.) (35).

Lo dicho a propósito de la venta es aplicable, *mutatis mutandis*, a la permuta.

La donación también correría la misma suerte: el *animus donandi* falta, porque es absolutamente incompatible con el encargo de vender lo donado por cuenta del donante. O existe el mandato *ad alienandum* o la atribución patrimonial a título gratuito; pero no los dos negocios al mismo tiempo y entre las mismas partes: uno de ellos (donación) será, pues, simulado y el otro (mandato) ineficaz *per se* para producir la adquisición del mandatario.

Otro tanto cabe decir de la cesión, negocio con causa variable (venta, permuta o dación en pago, si es a título oneroso, y donación, si lo es a título lucrativo) (36).

(33) «Aunque la causa no se exprese en el contrato—dispone—, se presume que existe y que es lícita, mientras el deudor no pruebe lo contrario.»

(34) CARIOTA-FERRARA: *Il negozio giuridico* cit., págs. 204 y 205.

(35) Op. cit., págs. 615-616. Sobre esto último, vid. más adelante, números 19-22. Ya se vió (*infra* núm. 16) cómo el mandato unido a la transmisión abstracta (supuesto de hecho complejo formado por la combinación del mandato con el negocio traslativo abstracto) puede ser idóneo para transmitir la propiedad en aquellos sistemas que admiten la abstracción relativa de la causa.

(36) No hay que confundir el negocio con causa variable y el negocio abstracto. El primero es siempre causal: es decir, se verifica, según los casos,

Por consiguiente, el camino de los negocios traslativos típicos (especialmente el de la venta, por las ventajas de orden fiscal que ofrece), puede ser, en la falta del negocio traslativo abstracto, un excelente medio de ocultación del mandato sin poder, para conseguir la actuación en nombre propio característica del mismo (37), pero es incompleto. Careciendo de fundamento la transmisión del mandante al mandatario, es tan inestable como la propia simulación: basta que cualquier interesado (por ejemplo, un acreedor del mandante) la impugne, para que el tinglado simulatorio caiga con estrépito (38).

¿Será ello así, o debajo de esa simulación hay otro negocio que sirva de base a la transmisión?

Mas antes de dar respuesta a esta interrogante, queremos analizar la posibilidad que la venta puede ofrecer como negocio indirecto.

Cabe configurar así el supuesto de hecho:

A (mandante) vende a crédito una cosa por cierto precio a B (mandatario), obligándose éste a revenderla, dentro del plazo seña-

«*ventionis causa*», «*donandi causa*» o «*solvendi causa*», pero nunca, como el segundo, separado de la causa que sirve de fundamento a la validez del negocio en sí. Una cosa es la *indeterminación* de la causa y otra muy distinta la *abstracción* de la causa. En una palabra: la cesión no debe configurarse, de cara a nuestro derecho, como negocio jurídico «a se» de naturaleza abstracta, sino como negocio de carácter genérico, susceptible de ser concretado en cada supuesto, refiriéndolo al acto causal en el que se apoya.

(37) Sobre todo, en materia de inmuebles y de muebles sujetos a registro. Por lo que se refiere a los restantes bienes mobiliarios, rigiendo el principio «*posesión vale título*» (art. 464. Cód. civ.), no se siente la necesidad de recurrir a la simulación.

(38) Quedando a salvo—claro está—las adquisiciones de terceros de buena fe, según los principios que gobiernan la adquisición *a non domino* (en este caso, simulado adquirente o testaferrero). Vid. PÉREZ Y ALGUER: *Anotaciones al Tratado de ENNECERUS*, t. I, vol. 2, pág. 183; NÚÑEZ LAGOS: *Perfiles de la fe pública*, en este ANUARIO, t. II, fasc. 1, pág. 33; VERDERA: *Algunos aspectos de la simulación*, ibidem, t. III, fasc. 1, págs. 46-47. Pero, como dice este último autor, habrá de tenerse en cuenta también, en esta materia, el sistema de protección de terceros de buena fe de la Ley Hipotecaria (art. 34, que exige, además de la buena fe, el título oneroso y la inscripción del enajenante y del tercer adquirente). Esto por lo que se refiere a los inmuebles, pues con relación a los muebles juega también un papel importantísimo el art. 464 del Cód. civ., que, además de la buena fe, exige la posesión del enajenante y la del adquirente. A este propósito nos remitimos a lo que dejamos escrito en *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, en este ANUARIO, t. III, fasc. 3, págs. 690 y ss. y 713 y ss., que, según creemos, debe entenderse aplicable, no sólo al caso de adquisición de manos del heredero aparente, sino también al supuesto más general de adquisición de manos de un titular aparente cualquiera (propietario ficticio, adquirente simulado).

En presencia de estos límites, es evidente que la adquisición de manos del mandatario *propio nombre* encargado de enajenar no puede construirse como adquisición *a non domino*, sino que debe ser configurada como adquisición *a vero domino* para que el tercero adquiera válidamente en todo caso, aun conociendo la cualidad de mandatario de su causante e incluso por título gratuito (piénsese en la hipótesis de una comisión de entrega gratuita de muestras) o fuera de los requisitos necesarios para que entren en juego los arts. 464 Código civil y 34 L. H.

lado, a un tercero determinado o indeterminado. Es incuestionable que la propiedad de la cosa pasaría de A a B por consecuencia del contrato de venta mediante la tradición (cfr. arts. 609, 1.095, 1.450, 1.461 y sigs., Cód. civ.), pudiendo a su vez el segundo venderla y pagar entonces con el precio de la reventa al primer vendedor (la eventual diferencia o sobreprecio funcionaría como retribución). El fin ulterior (mandato *ad alienandum*) tendría su reflejo en el pacto *de revendendo*, correspondiente a la obligación de enajenar en nombre propio.

Por demás es evidente que este posible negocio *juridicamente* es una venta y sólo una venta, si bien con espera de precio y con un *pactum adjectum* de reventa, aunque *económicamente* responde a un mandato para enajenar (39).

Con ello está dicho que si, en lo fundamental, puede llenar la necesidad, la conveniencia o el capricho de la comisión de venta, no alcanza a dotarla de su mismo ropaje jurídico. De ahí, que se produzcan consecuencias diversas (40).

19. Para algunos autores la transmisión del mandante al mandatario se realiza precisamente en virtud del mismo negocio de mandato. La *causa mandati* tendría virtualidad para operar por sí la transferencia de la propiedad *inter partes*. Tal es el pensamiento de ASCARELLI (41).

En el mismo orden de ideas se mueve GRASSETTI, según el cual en los casos de comisión de venta, tanto de inmuebles como de muebles, para admitir el pasaje del dominio en el mandatario, no se siente la dificultad motivada por la ausencia de una causa idónea para la transmisión, puesto que el contrato de comisión, que es negocio típico, realiza un *scopus*, previsto en vía específica por el legislador, que exige aquel previo traspaso; de otro modo, no se comprendería cómo el tercero adquiere válidamente *erga omnes*, teniendo como autor a un *non dominus* (42).

En análogo sentido se pronuncia NAVARRO MARTORELL—si bien circunscribiéndose a los casos de mandato sin poder para enaje-

(39) Tal es la característica del negocio indirecto, que—según la opinión más autorizada—no constituye una categoría jurídica autónoma, aunque tenga una gran importancia desde el punto de vista económico y hasta histórico y sociológico. Vid. ORTEGA PARDO: *Donaciones indirectas*, en este ANUARIO, tomo II, fasc. 3, págs. 919 y ss. y autores allí citos.

(40) Así, en caso de incumplimiento del pacto de reventa por parte del primer comprador, el vendedor no podrá—a diferencia de lo que ocurre en la comisión de venta (Cfr. *infra* núm. 29)—rehaber la cosa, permitiéndosele tan sólo exigir el precio aplazado con los intereses de la demora, si no fuere pagado en el plazo convenido (art. 1.501, 3.º, Cód. civ.).

(41) «La causa de la transmisión de la propiedad en el mandato—escribe—está constituida precisamente por el mandato» (*Il negozio indiretto e le società commerciali*, en «Studi in onore di Cesare Vivante», I, Roma, 1931, pág. 46, nota).

(42) *Del negozio fiduciario e della sui ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1936, I, págs. 377-378.

nación de inmuebles o bienes sujetos a registro (43)—, para quien es el ordenamiento jurídico el que hace preciso que la propiedad pase al mandatario, no pudiéndose alegar que esta transmisión no logre ser efectuada *causa mandati*. Precisamente por la índole del mandato sin poder—afirma—debe efectuarse dicha transmisión, porque si no fuera así, surgirían una de las dos consecuencias siguientes: o el objetivo del mandato no podría ser realizado por el mandatario, o bien se realizaría poniendo de relieve al verdadero propietario—mandante—y, por tanto, convirtiéndose en un mandato en nombre ajeno, en un mandato con poder (44).

También a juicio de este autor la previa transmisión *inter partes* se operaría *mandati causa*; pero consciente de las exigencias del actuar en nombre propio, sobre todo a efectos registrales, acepta la posibilidad de que mandante y mandatario contraten simulando un contrato causal típico traslativo de dominio, que oculte la causa verdadera del traspaso (hipótesis de simulación relativa) (45).

20. Es CARRARO quien últimamente ha desenvuelto mejor la teoría que considera el mandato *ad alienandum* negocio idóneo para producir la adquisición del derecho en favor del mandatario y la obligación correlativa de transmitirlo a tercero.

Su tesis, ingeniosa y sutil, merece una exposición más detenida.

A su juicio, hay que reconocer al mismo mandato la eficacia traslativa en la relación interna entre mandante y mandatario, porque sin ella no sería posible tampoco su eficacia obligatoria, resultando imposible su ejecución y, consiguientemente, el cumplimiento de la obligación de enajenar por parte del mandatario.

La *causa mandati*, por tanto, sería por sí sola—con exclusión de elementos extraños—apta para producir la previa y necesaria adquisición del mandatario. Se trataría—según CARRARO—de una adquisición *puramente instrumental*, para hacer posible la ejecución del mandato: el mandatario adquiere el derecho del mandante *para que* lo pueda transmitir al tercero, pero por esto mismo también *en tanto en cuanto* lo transfiera al tercero. El mandatario no se encuentra en una posición real que exceda al *scopus* perseguido por las partes; por tanto, un comportamiento suyo respecto al derecho, diferente del convencionalmente fijado, no surtiría efectos, por ser cumplido por un sujeto desprovisto del necesario poder. «En el mandato para enajenar—escribe—, basta que el mandatario resulte titular en el mismo momento en que enajena la cosa al tercero», es decir, en el instante de la ejecu-

(43) En los demás casos explica el fenómeno por medio del desplazamiento del *ius disponendi*, del mandante al mandatario. Vid. *supra*, núm. 5.

(44) Op. cit., págs. 165-166.

(45) Op. cit., pág. 170, nota 205. En cambio, para los muebles no sujetos a registro, no siente la necesidad de ese recurso a una simulación relativa, sin duda alguna por entrar en juego entonces el art. 464 del Cód. civ., que consagra el principio «posesión vale título».

ción del contrato. Pero esto significaría, como el propio autor reconoce, que la eficacia traslativa del mandato para enajenar depende de un supuesto de hecho (*fattispecie*) complejo: el *contrato de mandato* y su *ejecución* por parte del mandatario (46).

21. A la vista de estos antecedentes, ya va siendo tiempo de enjuiciar la explicación de la representación indirecta *ad alienandum* basada en un primer traspaso de la propiedad *mandati causa* al representante mediato encargado de enajenar en nombre propio y por cuenta ajena.

Ante todo, parece que se debe negar al mandato la idoneidad de provocar la transmisión de la propiedad *inter partes*, puesto que no es uno de los «ciertos contratos», aptos para transmitir la propiedad, a los que se refiere el artículo 609 del Código civil.

El mandato, *per se*, no es negocio adecuado para transferir el derecho de propiedad del mandante al mandatario, sino, apenas, para hacer surgir a cargo de este último la obligación de transmitir tal derecho a los terceros (cfr. artículos 1.709, Código civil y 244 Código com.), en cuanto esto fuera posible sin su previa adquisición; no siéndolo, esa investidura, necesaria para el cumplimiento del encargo, no puede realizarla por su misma esencia el solo contrato de mandato. Habría que demostrar que en el ordenamiento positivo español la ley reconoce eficacia traslativa *inter partes* al mandato sin representación que tiene por objeto una *alienatio*. En la falta de un precepto positivo expreso no es lícito presumirla como efecto propio del contrato.

Estas sencillas consideraciones bastarían para rechazar el núcleo de la tesis de todos los secuaces de la auto-suficiencia de la *causa mandati*. Mas no queremos seguir adelante sin añadir algunas palabras en contra de la doctrina sentada por su más calificado defensor (47).

(46) Op. cit., esp. págs. 87, 90 y 91.

(47) No podemos detenernos aquí en la crítica de las premisas dogmáticas de la teoría de CARRARO, el cual, configurando el poder de disposición como un aspecto de la capacidad jurídica, llega a la conclusión de que la titularidad del derecho es su presupuesto lógico. Contra: F. VILLAVICENCIO, op. cit., página 1054, quien reafirma muy bien la diferencia entre facultad dispositiva (poder de disposición) y capacidad de disponer. «Ciertamente—escribe—, ambas aparecen íntimamente unidas en la estática y en la dinámica; es decir, en la situación jurídica y en la actuación tendente a modificarla; pero ciertamente son conceptos susceptibles de distinción. Capacidad de disponer es aptitud personal, posibilidad, potencia. Es noción abstracta. Por su propia naturaleza equivale a *continente*, y por su etimología simbólica espera *llenarse*; es decir, efectuarse. Es pura medida, y, por tanto, pura *forma*. La facultad de disponer, por el contrario, es concreta; es la capacidad actuada, acompañando a una titularidad *actual*. Requiere, de un lado, la aptitud de un derecho para que de él se disponga; de otro, la *capacidad de disponer* en el sujeto; y, finalmente, también una titularidad, sin la cual la *concreción del poder* es imposible.»

Así, pues, aunque, siguiendo a F. VILLAVICENCIO, se distinga facultad dispositiva y capacidad de disponer, hay que concordar con CARRARO que la primera presupone la titularidad porque se halla unida a ella de modo en principio permanente, tiene carácter accesorio de la misma.

22. Según CARRARO, la adquisición del mandatario se realiza, no en el acto de la constitución, sino «en el momento mismo de la ejecución del mandato». Sin duda, con ello se pretenden evitar todos los riesgos que lleva consigo la prematura investidura del mandatario, ya en el tiempo de la perfección del contrato. Pero no se comprende en base a qué principio o norma (cfr. arts. 609 y 1.095, Cód. civ.) puede justificarse ese retraso de la adquisición al momento del cumplimiento del encargo; retraso que, como nota PUGLIATI (48), reduce la adquisición misma a un mero artificio lógico, poco satisfactorio.

Y no es eso todo. Remitiendo la transmisión a la fase ejecutiva del negocio, implícitamente se reconoce que no es la *causa mandati* por sí sola la que produce la adquisición por parte del mandatario.

En efecto, el propio CARRARO se ve obligado a decir que lo que opera el traspaso de la propiedad es un supuesto de *hecho complejo*, integrado por el contrato de mandato y su ejecución por el mandatario.

Ahora bien: el *quid* que se añade a la *causa mandati* no es —como agudamente observa PUGLIATI (49)— algo extrínseco al mandato mismo, de tal modo que, con él pueda llegar a constituir un supuesto de hecho único, aunque complejo: implicando todo supuesto de hecho contractual la ejecución, ésta no es más que el momento dinámico de la misma *fattispecie* o *Tatbestand*; no puede, por tanto, considerarse elemento autónomo, idóneo para la configuración de un supuesto de hecho complejo. Por otra parte, siendo un elemento indispensable, se debía acabar sosteniendo que todo supuesto de hecho en general y, por consiguiente, el del mandato en especial, es siempre complejo, lo cual es absurdo.

El pretendido supuesto de hecho complejo se reduce, pues, al simple supuesto de hecho contractual del mandato, en el que inexplicablemente se quiere atribuir una particular función traslativa al momento ejecutivo, privada en absoluto de fundamento, como ya tuvimos ocasión de ver. Si la *causa mandati* fuera auto-suficiente para provocar el traspaso, no hay duda de que lo produciría *ab initio*, por mero efecto del consentimiento contractual, seguido de la tradición, sin dependencia de la ejecución del encargo.

23. Recientemente, en tema de mandato para enajenar sin poder representativo, ha sido propuesta por MONACCANI una construcción que técnicamente aparece mejor ensamblada que la de CARRARO, pero que no está exenta de análogos vicios lógicos (50).

(48) Op. cit., pág. 281.

(49) Op. cit., págs. 280-281.

(50) MONACCANI: *Azione e legittimazione*, Milán, 1951, esp. págs. 214 y siguientes. PUGLIATI expone y critica esta teoría en su citado estudio, págs. 282-283. Le seguimos con algunas variantes y adaptaciones al Derecho positivo español.

También MONACCIANI considera el mandato como negocio adecuado para producir la enajenación del mandante al mandatario. Y también en este caso, inadvertidamente, se recurre a un supuesto de hecho, no simple, sino compuesto, mas el error teórico-constructivo de la tesis de CARRARO—que como se recordará estaba en considerar como elemento ulterior de este complejo *factum* adquisitivo un momento (ejecución) del *mismo* supuesto contractual en el que reside el otro elemento inicial (*causa mandati*)—se evita al afirmar la necesidad de un acto jurídico autónomo respecto del mandato.

MONACCIANI sostiene, en efecto, que el mandato produce, no sólo la obligación a cargo del mandatario de enajenar la cosa del mandante, sino también una obligación a cargo del mandante de hacer cuanto sea preciso para que el mandatario pueda cumplir su propia obligación—*obligatio* del mandante consistente en un *facere*, que los Códigos modernos suelen regular a propósito de la provisión de fondos (arts. 1.728 Cód. civ. y 250 Cód. com. español). Por otra parte, el autor citado sostiene que esas dos obligaciones, coligadas entre sí funcional y estructuralmente; tienen el mismo contenido; de este modo, en substancia, se viene a configurar la obligación del mandante como una obligación de transmitir.

Normalmente—según MONACCIANI—el mandante, en cumplimiento de su obligación de proporcionar la propiedad de la cosa objeto del encargo (arg. arts. 250 Cód. com. y 1.728 Cód. civ.), la transfiere al mandatario mediante un acto jurídico autónomo y ulterior respecto del mandato, antes de la ejecución del mismo contrato.

Ahora bien: puede suceder que no ocurra así y, entonces, cuando el mandatario vende al tercero, vendería una cosa ajena; mas respecto del mandatario, correlativamente a su obligación de enajenar, existe la obligación de transmitir del mandante, que es coercible en forma específica (arts. 1.006 Cód. civ. y 926. E. Civ.).

Pueden, en esa coyuntura, presentarse las siguientes hipótesis: a) el mandatario actúa judicialmente contra el mandante para constreñirlo a la transmisión por medio de sentencia; b) el tercero procede judicialmente contra el mandante, en subrogación de mandatario, su deudor, por cuanto éste es vendedor de cosa ajena con derecho a la prestación de esa cosa (art. 1.111 C. c.).

24. Mas esta construcción no explica en virtud de qué título tiene lugar la adquisición por parte del mandatario. Si tal adquisición presupone un acto traslativo *autónomo*, éste no puede tener su fundamento en el mismo mandato, como MONACCIANI pretende—pues es manifiestamente ilógico atribuir al solo mandato la estructura de un supuesto de hecho complejo, del cual el propio mandato en su fase ejecutiva, constituiría el elemento ulterior—, sino a) o en un negocio abstracto; b) o en un pago traslativo, puro y

simple; c) o en un negocio causal típico; d) o en un negocio causal atípico (51).

Ahora bien: ya tuvimos ocasión de ver que el negocio traslativo abstracto no es admisible en el derecho positivo español; el pago traslativo presenta, en general, dificultades serias (52), agravadas en este caso, porque la obligación del mandante hacia el mandatario no tendría como contenido una prestación a favor del mismo mandatario, sino que sería instrumento de realización del interés y del fin perseguido por el mandante; por lo que se refiere al negocio causal típico (venta, permuta, donación, cesión) quedó bien claro más arriba (núm. 18) que hay que ponerlo de lado por la falsedad de su causa o por la incompatibilidad de la misma con la del mandato.

Sólo nos resta, por consiguiente, como solución viable, un negocio causal atípico, idóneo para operar el traspaso de la propiedad, que con el mandato constituye un supuesto de hecho complejo, correspondiente al intento empírico de las partes.

25. Y con esto llegamos, por exclusión, al único camino—erizado de dificultades—que se nos ofrece para construir técnicamente el mandato *ad alienandum*. Sólo que este último recurso, según el autor que más recientemente se ha ocupado del asunto, está también vedado, de donde, en principio, se excluiría la posibilidad del mandato sin poder para enajenar, a menos que, en virtud de algún principio o norma extrínsecos al mandato, el mandatario pueda cumplir su obligación de transmitir a terceros la cosa del mandante, sin necesidad de una previa adquisición por parte del mismo.

PUGLIATI se plantea en vía hipotética la posibilidad de que la transmisión del mandante al mandatario tenga lugar por medio de un negocio traslativo causal atípico, libremente creado por las partes, merced a la autonomía privada; negocio fundado en una específica *causa fiduciae* (53).

Esa causa es distinta de la *causa mandati* en tanto en cuanto la previa transmisión es absolutamente imprescindible para la consecución del especial *scopus* perseguido por el mandante. Dado que la sola *causa mandati* es insuficiente para operar el traspaso, cabe configurar a su lado una causa atípica, reforzada con la transferencia de la titularidad del derecho sobre el que debe versar la actuación del mandatario. Tal es la *causa fiduciae*, que implica una forma de gestión de los derechos ajenos más intensa que el

(51) Cfr. PUGLIATI, op. cit., pág. 283.

(52) Pues, según nuestro sistema, no se concibe un pago traslativo desligado de su fuente: un contrato apto para transmitir el dominio. Sobre el tema, consúltese el estudio de ORTEGA PARDO: *El pago como negocio abstracto*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1945, páginas 6848 y sigs., esp. págs. 692 y sigs., el cual, de cara al derecho español, admite tan sólo la abstracción procesal de la causa.

(53) Op. cit., pág. 275.

simple mandato, por cuanto esos derechos se tornan propios de quien desenvuelve la actividad gestoria en el interés de otro.

Se daría lugar, por tanto, a un supuesto de hecho complejo, integrado, de un lado, por el mandato y, de otro, por un negocio *fiduciae causa* distinto mas en íntima conexión con el primero, porque a facilitar el cumplimiento de la obligación del mandante, de hacer cuanto sea preciso para que el mandatario pueda cumplir su encargo—obligación de transmitir la propiedad de la cosa objeto del mandato (Cfr. arts. 250 Cód. com. y 1.728 Cód. civ.)—, acude el negocio traslativo autónomo, que, precisamente por fundarse sobre la *causa fiduciae*, incorpora en su seno la obligación de la ulterior transferencia a tercero, perteneciente al mandatario por razón del mandato.

26. Mas PUGLIATI, rechazando esta construcción por considerar con diversos fundamentos inadmisibles el negocio fiduciario en el ordenamiento positivo italiano, llega a la conclusión de que en orden al mandato sin poder para enajenar inmuebles o muebles registrados, si no se proponen otras explicaciones satisfactorias, se debe: *a*) o negar que tal figura merezca derecho de ciudadanía; o *b*) admitir la equivalencia de efectos entre la representación directa y la indirecta, en el sentido de que el actuar del mandatario en nombre propio, pero en el interés del mandante puede producir, sin el trámite de la adquisición por parte del mismo mandatario, la transferencia del derecho en cabeza del tercero. A su juicio, la primera solución responde mejor a las exigencias teóricas; la segunda, por el contrario, viene más al encuentro de las necesidades prácticas.

Sin embargo, en materia de muebles no registrados, el obstáculo que existe para la admisibilidad de la figura, cuando de inmuebles y muebles registrados se trata (ser imposible la transmisión del mandante al mandatario, única que con relación a esa clase de bienes haría posible la actuación en nombre propio y por cuenta ajena), se superaría—a juicio de PUGLIATI—con el concurso del principio según el cual la posesión adquirida de buena fe equivale a título (art. 1.153 Cód. civ. it.); es decir, por medio de un supuesto de hecho complejo integrado por el mandato—que obliga al mandante a traspasar la posesión al mandatario y a éste a transferirla a tercero—y por la posesión, que legitima la adquisición del tercero (54).

(54) Op. cit., págs. 295-296. Según PUGLIATI, el conocimiento del mandato sería irrelevante a efectos de la mala fe del tercero, es decir, que éste adquiriría válidamente en todo caso, por obra del art. 1.153 Cód. Civ. it., aun cuando supiera que su causante sólo fué comisionado para enajenar *nomine proprio* (*Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, 1936, pág. 38).

Así intenta asimilar en lo posible la adquisición de manos del mandatario sin poder con la proveniente de un verdadero *dominus*, pero no llega a colmar la laguna que, según su tesis, las separa. En efecto, PUGLIATI no se plantea la hipótesis inversa, esto es, que el tercero adquiriera conociendo el defecto de titularidad de su causante e ignorando el mandato. Entonces, el

La tesis de PUGLIATI, fundamentalmente de carácter negativo, conduciría, en faz del ordenamiento español, a resultados semejantes, puesto que, como se sabe, en nuestro sistema «la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título» (artículo 464 Cód. civ.) (55).

De seguir la argumentación de PUGLIATI habría que concluir negando la posibilidad de la comisión de venta de inmuebles, que no es tan hipotética como algunos creen, sino que responde a una sentida necesidad real, hasta el extremo de haber motivado últimamente especiales esfuerzos doctrinales en sentido afirmativo (CARRARO y MONACCIANI).

27. Veamos, pues, si las razones alegadas por PUGLIATI en contra de la admisibilidad del negocio fiduciario son, en tesis general, convincentes y en todo caso si proceden de cara al derecho español.

Dentro de la construcción romanista del negocio fiduciario (56) se contraponen dos concepciones fundamentales:

La concepción tradicional, partiendo de la tipicidad y debilidad del fin (mero mandato en los casos de *fiducia cum amico* o simple garantía, correspondiente a la prenda o hipoteca, en los supuestos de *fiducia cum creditore*) se ve obligada a escindir el fenómeno fiduciario en dos negocios—uno real (traslativo) y otro obligacional—y a configurar el primero como un acto dispositivo abstracto, como tal, y autónomo respecto del acto vinculativo que da pie a la atribución patrimonial (57).

tercero, de acuerdo con los principios del art. 1.153 Cód. civ. it. y 464 Código civ. esp., estaría de mala fe y, por tanto, no podría adquirir, cuando lo cierto es que, aun en esas circunstancias, el tercero debería adquirir válidamente, habiéndose de buscar para ello otro fundamento, que—según creemos—no puede ser más que entender que el mandante traspasó al mandatario, no la posesión, sino la propiedad misma.

(55) Vid. HERNÁNDEZ-GIL: *El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código civil y una posible interpretación de privación ilegal*, en «Revista de Derecho privado», 1944, págs. 419 y sigs.; *De nuevo sobre el artículo 464 del Código civil*, ibidem, 1945, págs. 413 y sigs. Cfr., además, JORDANO: *La teoría del heredero aparente*, cit. págs. 690 y sigs. En contra de la doctrina según la cual el art. 464 Cód. civ. sanciona una adquisición a non domino vid., últimamente, SOLS GARCÍA: *Ensayo sobre la prescripción adquisitiva de bienes muebles*, en «Revista de Derecho privado», 1950, páginas 119 y sigs.

(56) Que en los ordenamientos latinos se impone, entre otras razones, por una clarísima de abolengo. Vid. BELEZA DOS SANTOS: op. cit., I, págs. 113 y siguientes; MESSINA: *I negozi fiduciari*, en «Scritti giuridici», I, Milán, 1948; PUGLIATI: *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., págs. 229 y sigs.; CARIOTA-FERRARA: *I negozi fiduciari*, cit., págs. 12 y sigs.; NAVARRO MARTORELL: Op. cit., págs. 71 y sigs.; JORDANO: *Origen y vicisitud de la fiducia romana*, Coimbra, 1948 (*Separata* del «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra», vol. XXIV), págs. 7-8.

(57) Tal es, en lo fundamental, la concesión reflejada a lo largo de la obra de CARIOTA-FERRARA, que cierra todo un ciclo de la teoría fiduciaria. Cfr., además, BERTINI: *I negozi fiduciari di preparazione dell'adempimento*, Milán, 1940, págs. 4 y sigs. y NAVARRO MARTORELL: Op. cit., esp. págs. 79-119 y 285 y sigs., cuyo pensamiento no siempre es muy definido.

Por el contrario, un sector de la doctrina más reciente, basándose en la atipicidad e intensidad del *scopus* práctico de la fiducia (pues la atribución patrimonial es indispensable para su consecución), concibe unitariamente el fenómeno, como negocio real-obligatorio, fundado sobre una específica *causa fiduciae* (58).

Según PUGLIATI, la escisión de la primera corriente, aparte de su arbitrariedad, aboca a una inadmisibile combinación de dos negocios abstractos; a su vez, la consideración unitaria conduce necesariamente al escollo de la propiedad fiduciaria. «Negocio abstracto y propiedad fiduciaria—concluye—son, como figuras generales, totalmente extrañas al ordenamiento positivo» (59).

En cuanto a lo primero, estamos de acuerdo con el autor, no sólo porque la duplicidad es artificiosa y está desprovista de autonomía (60), sino también porque, en principio, tanto el derecho italiano como el español no conocen el negocio traslativo abstracto (V. *supra*, núm. 17).

No podemos, en cambio, suscribir su afirmación de que la teoría unitaria conduce necesariamente al escollo de la *propiedad fiduciaria*, en plena correspondencia con la *causa fiduciaria* del negocio.

Aparte de que, ante el derecho español, el problema de la admisibilidad de la llamada *proprietà di scopo* (forma atípica de propiedad, condicionada realmente por el fin a que se destina), debería—según creemos—resolverse en sentido afirmativo por la vigencia del *numerus apertus* de derechos reales (61), el negocio

(58) Vid. GRASSETTI, op. cit., *passim*; *Donazione modale e fiduciaria*, Milán, 1941; *Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario*, en «Rivista di Diritto civile», 1941, págs. 97 y sigs.; DE MARTINI: *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, en «Giurisprudenza italiana», 1946, I, 2; PUGLIATI: Op. ult. cit., págs. 231 y sigs.; JORDANO: Op. cit.; *Sobre el negocio fiduciario*, en este ANUARIO, t. III (1950), fasc. 1, págs. 129 y siguientes; *Propiedad fiduciaria y negocio fiduciario*, ibidem, t. III, fasc. 4, páginas 1250 y sigs.; y a propósito de la Sociedad de favor, también en este ANUARIO, t. II (1949), fasc. 4, págs. 1557 y sigs., esp. pág. 1559.

(59) Op. cit., págs. 248 y sigs., concretamente, pág. 262.

(60) Cfr. PUGLIATI: Op. cit., págs. 248 *in fine*, 249 y 260-261. Como poco antes se dijo en el texto, según PUGLIATI, los dos negocios—el real y el obligacional—serían abstractos, porque, a su modo de ver, también el negocio del que nace la obligación a cargo del fiduciario se estructuraría como negocio abstracto. No vemos la razón. El negocio obligatorio no se desligaría de su causa (mandato, garantía); es el negocio real el que se desvincula de su fundamento (negocio obligatorio), y éste de aquél. Sólo en ese sentido puede decirse que es abstracto.

(61) Así parece desprenderse de la Ley Hipotecaria al decir en su art. 2, número 2.º, que en el Registro de la Propiedad se inscribirán «los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales». Y aún más claramente del art. 7 del Reglamento Hipotecario, según el cual «no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan (en los del artículo 2 L. H.), sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma natura»

fiduciario, concebido al modo latino, no puede dar lugar a una propiedad fiduciaria, puramente formal, transitoria o instrumental, distinta de la propiedad ordinaria (62).

Si la *causa fiduciae* requiere *per se* la transmisión de propiedad, ésta se traslada del fiduciante al fiduciario íntegramente, del mismo modo que el primero la tenía y está regulada con carácter general por el orden jurídico; es decir, la propiedad plena y normal. Tanto más que las partes, para conseguir su intento, *tal como es previsto*, no pueden querer una limitación real (eficaz *erga omnes*) de la titularidad del fiduciario, ni en cuanto al tiempo ni en cuanto a la suma de los poderes a él atribuidos, porque de lo contrario, al hacerse patente frente a todos la relación que media entre ellas, se frustraría en la mayoría de las ocasiones la consecución de la finalidad propuesta. Esto, que resulta claro respecto a los supuestos de *fiducia cum amico* (63), es aún más evidente en el caso especial del mandato para enajenar, pues ya se vió (*supra*, núms. 9 y 18) cómo la actuación en nombre propio postula por su misma naturaleza la ocultación de la relación entre el mandante y el mandatario. El mismo PUGLIATI es consciente de esta exigencia cuando dice que «la representación indirecta con-

leza, así como cualquier acto o contrato de transcendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

Sin embargo, modernamente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia patria, se va imponiendo una orientación favorable al sistema del *numerus clausus*, entendido con carácter más o menos rígido. Vid., entre otros, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, en *Estudios de Derecho Hipotecario*, t. I, Madrid, 1948, páginas 19-20; SERRANO Y SERRANO: *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo, comparado con el Derecho español*, Valladolid, 1934, pág. 165; CASTÁN: Op. cit., t. II, págs. 41 y sigs.; ROCA SASTRE: Op. cit., t. II, página 204.

(62) Vid. NAVARRO MARTORELL: Op. cit., págs. 183 y sigs., cuya tesis se halla informada por la idea fundamental de que la titularidad recibida por el fiduciario es plena, o sea, que es un propietario normal *erga omnes*, incluso frente al mismo fiduciante, porque el negocio traslativo y el derecho real objeto de él no son afectados por la obligación meramente personal contraída en el *factum fiduciae*, que sólo vincula al fiduciario sin afectar realmente su derecho, puesto que para el orden jurídico un compromiso personal no puede prevalecer contra una titularidad real en perjuicio de terceros adquirentes. A su juicio, la propiedad fiduciaria es «una propiedad peculiar, caracterizada por una limitación obligatoria, que afecta personalmente a su titular, sobre el uso de sus facultades y, generalmente, sobre el tiempo de duración de su titularidad» (pág. 108). Cfr., no obstante, PUGLIATI: Op. cit., págs. 253-259. Nuestra posición respecto al problema puede verse en *Propiedad fiduciaria y negocio fiduciario*, loc. cit., págs. 1259-1260 y 1263, cuyas líneas generales seguimos aquí.

(63) También en los supuestos de *fiducia cum creditore*, especiales razones de orden social (no ser tenido como acreedor exigente que no se contenta con las formas típicas de garantía, o como deudor con tan poco crédito que para conseguirlo se ve obligado a transmitir la propiedad de sus bienes) pueden mover a las partes a no poner de manifiesto la operación de garantía, que, generalmente, aparece como una transmisión normal de propiedad, con todas sus ventajas de tipo práctico.

siente realizar aquel fin de secreto en que a menudo el instituto de la fiducia se inspira» (64).

Tal vez se nos objete en contra que la necesidad de mantener oculta la relación fiduciaria puede llenarse recurriendo al mecanismo de la simulación, que no siempre es lícita o fraudulenta, sino que con frecuencia responde también a finalidades perfectamente lícitas, siendo consentida por la ley como medio legítimo de tutela de ciertos intereses sociales.

Así, la razón alegada por nosotros en primer lugar perdería al parecer consistencia, recobrando su fuerza el pensamiento inicial de PUGLIATI.

Pero es que ese recurso a la simulación es, en los sistemas de transmisión causal, siempre inevitable, aun cuando se entendiera que es la propiedad plena y normal la que pasa *fiduciae causa* al fiduciario; y esto por dos razones: una, porque, al tenerse que incorporar la causa al contenido del negocio, sobre todo a efectos registrales, se tornaría también público el fin perseguido; y otra, porque siendo ese fin *alíptico* y, como tal, no reconocido por la ley, la inercia jurídica, la timidez y las dudas sobre su admisibilidad llevarían de igual modo, por otro camino, al procedimiento simulatorio, con la única diferencia de que en esta hipótesis habría exacta congruencia entre el efecto traslativo del negocio aparente y el del negocio disimulado y, además, entre este negocio y su causa, que, al margen de la simulación, solicita la *normalidad* del traspaso de propiedad por exigencia de los principios que informan el sistema.

Hay casos—y éste es uno de ellos—en los que para conseguir la apariencia de un derecho no queda más camino que el de la apariencia que tiene como substrato la realidad misma: el fiduciario es precisamente aquello que aparece y aparece aquello que es.

Existe una razón que nos parece bastante decisiva para justificar la transmisión de la plena titularidad al fiduciario: y es que, estando ella destinada a pasar íntegramente a un tercero en muchos casos de *fiducia cum amico* y también de *fiducia cum creditore* (65), el fiduciario no podría transmitirla *in toto* si sólo tiene una titularidad encogida (*nemo dat quod non habet* (66)). Ni se diga que, siendo *instrumental*, tiene ya en sí la virtualidad trasla-

(64) Op. cit., págs. 295. Cfr. pág. 257 *in fine*.

(65) Siempre que, incumplida por el deudor la deuda garantizada, el acreedor se vea obligado a vender la *res fiduciaria* para satisfacerse a su costa, pues la prohibición del pacto comisorio alcanza a la transmisión en garantía, que actúa análogo resultado económico que la prenda e hipoteca. En efecto, la norma que consigna esa prohibición (art. 1.859 Cód. civ.) es una de las llamadas normas materiales en tema de fraude. Y como la *ratio legis* es la misma, el fiduciario (acreedor) que, incumplida la obligación principal por parte del fiduciario (deudor), se quedara con la cosa entregada en garantía, cometería una *fraus legis*.

(66) A tal efecto no bastaría hacer referencia a los principios de la simulación: con base en ellos, podría, a lo sumo, justificarse la plena adquisición del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, pero no la del tercer adquirente por título gratuito o que conociera el defecto de la titularidad de su causante.

tiva, porque ello equivaldría a admitir una excepción injustificada al principio *nemo plus juris* (Cfr. *supra*, núm. 10).

En tema de mandato para enajenar—que según la construcción que venimos propugnando lleva consigo un autónomo negocio fiduciario *cum amico*, como elemento ulterior de un supuesto de hecho complejo (mandato + fiducia)—esa necesidad de que la propiedad del mandatario-fiduciario sea la propiedad ordinaria es, si cabe, aún más manifiesta.

28. Llegados a este punto aún no quedan disipadas todas las dudas que suscita la admisibilidad de un negocio atípico *fiduciae causa* traslativo de dominio.

Como se recordará, la cuestión quedó así: el negocio fiduciario es admisible de cara al ordenamiento positivo español, aunque se afirme que en él rige el sistema causal de las transmisiones (Cfr. núm. 17) y el del *numerus clausus* de derechos reales (Cfr. número 27 y nota 58), puesto que la *causa fiduciae* es apta por sí misma para transmitir la plena propiedad; no estando, por tanto, el negocio fiduciario necesariamente ligado a la abstracción del acto traslativo ni a una propiedad-fin (propiedad-garantía o propiedad-administración), cabe perfectamente la posibilidad de un negocio fiduciario causal idóneo para transmitir la propiedad.

Mas surge un problema con relación a la subsumibilidad de la «causa fiduciae» en el ámbito de la autonomía privada: ¿Existe un *numerus clausus* de los llamados negocios reales *quoad effectum* (dingliche Verträge) (67), como límite de la autonomía privada?

Se ha dicho que los límites de la libertad contractual—aparte de aquellos que representan una exigencia natural del ordenamiento jurídico (Cfr. art. 1.255 Cód. civ.)—hay que buscarlos en el mismo fundamento del vínculo contractual. «Si la ley—afirma RUBINO—reconoce eficacia a las relaciones que los particulares pueden constituir, esto lo hace, de un lado, en cuanto que caso por caso exige una finalidad práctica apreciable (causa)...; pero, de otro lado, porque el vínculo queda limitado en sus efectos a los contrayentes» (68).

Si los contratos tienen fuerza de ley *entre aquellos que han contratado* (arts. 1.091 y 1.257 Cód. civ.)—añade el mismo autor—, esto importa que sólo en consideración de tal presupuesto se reconoce una libertad de creación a los particulares. Cuando, por el

(67) «La expresión *contrato real*—observa GALVAO TELES—tiene dos significados completamente diversos. En uno de ellos, designa el contrato para cuya validez se torna necesaria la *transferencia de la posesión* del objeto respectivo. En el otro, es el contrato constitutivo, modificativo o extintivo de *derechos reales*. En este segundo sentido el contrato real se contraponen directamente al obligacional, en el ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales» (Op. cit., pág. 333). Los contratos reales en cuanto al efecto son, pues, los contratos transmisores de *ius in re*.

(68) *Il negozio giuridico indiretto*. Milán, 1937. pág. 37.

contrario, los efectos de las nuevas relaciones se impongan también a los terceros, no se puede sostener que el Derecho haya mantenido aquella autonomía, «porque los particulares deben sentirse seguros de que no pueden ser obligados en sus relaciones con los demás asociados a un determinado comportamiento, sea específico, sea genérico, sea positivo, sea negativo, fuera de los casos previstos por la ley» (69).

Según RUBINO, las razones de interés social y de tutela de los terceros no sólo determinan la tipicidad de los derechos reales (*numerus clausus*), sino que, pasando de éstos a los contratos que los originan, dan lugar a la imposibilidad de crear nuevos negocios cuando éstos tengan una eficacia vinculante para los terceros (*numerus clausus* de contratos reales *quoad effectum*) (70).

En contra de estas afirmaciones se ha observado que una cosa es que los derechos reales tengan o deban tener estructura típica y otra cosa es deducir como consecuencia necesaria la tipicidad de los negocios traslativos: se trata de conceptos bien distintos, como distinta es la fuente (negocio) del efecto (derecho real) (71).

El principio de que en garantía de los terceros debe imponerse que los negocios traslativos no puedan practicarse sino en las formas prefijadas por el ordenamiento, es exacto en cuanto reafirma la exigencia de que, para tutela de los terceros, las partes no pueden ser exoneradas del respecto a los llamados índices de circulación. «Así—escribe GRASSETTI—el registro en materia inmobiliaria es una garantía de publicidad que debe normalmente ser respetada, y en este sentido es exacto hablar de *formas predisuestas por el ordenamiento*. Pero una cosa es hablar de formas, y otra de esquemas causales. El principio antes enunciado no implica, en efecto, que el número de causas idóneas para la traslación de la propiedad y para la constitución de los demás derechos reales sea un número cerrado; es decir, que sea cerrado el número de la propiedad y para la constitución de los demás derechos reales rigurosamente típicos en razón de su interés prevalente para la sociedad, de aquí no se sigue la tipicidad de los negocios reales *quoad effectum*, la tipicidad de las causas idóneas para su transmisión, sino tan sólo la necesidad de la observancia de determinadas formas de publicidad» (72).

RUBINO aduce, no obstante, que no se plantea apenas la cuestión de asegurar a los nuevos negocios aquellas formas de publicidad que la ley exige para la tutela de los terceros. A su juicio,

(69) Op. cit., pág. 38.

(70) Op. cit., págs. 39 y sigs. En el mismo sentido se pronuncian GRAZIANI: Op. cit., págs. 327 y sigs., y GRECO: *Le società di comodo e il negozio indiretto*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1932, I, págs. 782, n. 6.

(71) GRASSETTI: *Del negozio fiduciario* cit., pág. 367.

(72) Op. ult. cit., págs. 372-373; *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, Milán, 1936, págs. 9 y sigs.

no es exacto argumentar con una cuestión de forma para decidir un problema dogmático (73).

Lo cierto es, sin embargo, que un estrecho ligamen de necesaria correspondencia entre el *numerus clausus* de derechos reales y el *numerus clausus* de negocios reales *quoad effectum* no existe, sino que el número cerrado de derechos reales que pueden constituir el objeto de la transmisión tiene apenas una influencia *mediata* respecto a la solución del problema que nos ocupa: la de que el nuevo negocio traslativo introduzca otra figura de derecho real no reconocida por el ordenamiento positivo (en nuestro caso, una *propiedad fiduciaria* especial), lo que violaría indirectamente el *numerus clausus* de derechos reales (74), y vimos ya que en tema de fiducia ello no es así.

Así, pues, aunque se mantenga que en el derecho español existe un *numerus clausus* de derechos reales, el principio de la libertad contractual (art. 1.255 Cód. civ.), junto con los términos claros del art. 609 Cód. civ. (75), permite la existencia de un *numerus apertus* de negocios reales *quoad effectum*, siempre que el derecho real transmitido o constituido responda a uno de los esquemas típicos (76).

(73) Op. et loc. cit.

(74) Cfr. PUGLIATI: *Fiducia e rappresentanza indiretta* cit., págs. 352-353.

(75) Las palabras «ciertos contratos» no pueden dar pie a una interpretación limitativa favorable al *numerus clausus* de negocios reales en cuanto al efecto, sino que más bien indican el criterio amplio y generoso del legislador que, a propósito, evita hacer una enumeración con carácter taxativo, refugiándose en la ambigüedad de su dicción.

(76) Aunque nuestro Código no contenga una disposición equivalente al artículo 1.322, 2.º com., del Cód. civ. italiano, según el cual «las partes pueden también concluir contratos que no correspondan a los tipos que tienen una disciplina particular, siempre que se dirijan a realizar intereses mercedores de tutela, según el ordenamiento jurídico», no hay duda de que la doctrina es la misma. El art. 1.254 da una definición del contrato, y los artículos siguientes, hasta el 1.314, contienen unas disposiciones generales sobre el mismo, lo que sería innecesario si aquella calificación y esta disciplina solamente se aplicaran a cada una de las especies regulares en particular. Por otra parte, no hay ninguna norma delimitativa que, en absurda contradicción con una definitiva conquista histórica, restrinja a esos esquemas legales típicos todas las ricas posibilidades de expansión del contrato. (Cfr. GALVAO TELES, op. cit., páginas 43 y sigs.).

Es oportuno hacerse eco aquí de una opinión de CARIOTA-FERRARA: *Il negozio giuridico* cit., págs. 248 y sigs., que juzgamos inaceptable. A juicio de dicho autor, como los negocios atípicos deben tener los mismos elementos esenciales que los negocios típicos y entre ellos se encuentra la causa, cual función jurídico-práctica del negocio, su existencia se torna también necesaria en el ámbito de los primeros, no en el sentido de la función típica, característica de los negocios nominados, que sólo debe ser exigida con relación a éstos, sino en el sentido de que las nuevas funciones deben adaptarse a los moldes generales de causas típicas, es decir—tratándose de negocios traslativos—, o a la causa onerosa (consistente en el cambio de una prestación frente a una contraprestación), cuyo modelo es la compraventa, o a la causa gratuita (prestación sin retribución, hecha con ánimo de liberalidad), cuyo modelo es la donación. Así, la «causa fiduciae», que no puede encuadrarse perfecta-

El negocio «fiduciae causa» puede ser, por consiguiente, uno de los contratos capaces de provocar el traspaso del *derecho de propiedad*.

Es totalmente inadmisibles imponer límites a la autonomía privada que no resulten de las disposiciones del derecho positivo. El principio de seguridad sólo impone determinadas restricciones que emanan del principio de publicidad. Extender sus consecuencias más allá de lo que piden las exigencias del tráfico, aduciendo una pretendida vulneración de los derechos y expectativas de los terceros, es desconocer las necesidades del comercio jurídico y negar la capacidad creadora de la autonomía privada, que no encuentra otros límites que no sean las leyes, la moral o el orden público (art. 1.255 *in fine* Cód. civ.).

29. Despejadas las dificultades que se oponen al recurso de un negocio traslativo atípico que legitime la previa transmisión del mandante al mandatario sin poder encargado de enajenar, resta

mente ni en una ni en otra *categoría de causas*, sería inadmisibles, según el ordenamiento positivo.

Lo cierto es que tampoco la «causa credendi» encaja bien en ninguno de esos dos grupos y, sin embargo, actúa una transmisión de propiedad (Cfr. artículo 1.753 Cód. civ.). Esta excepción permitiría dar acogida a la «causa fiduciae» al lado de la «causa credendi». Pero CARIOTA-FERRARA se cuida muy bien de acentuar las diferencias. Según él, la «causa fiduciae» y la «causa credendi» tienen de común la constitución de un derecho de crédito (como equivalente del sacrificio patrimonial del transferente), pero la «causa credendi» importa que el transferente adquiera un derecho a la restitución del *tantumdem eiusdem generis*; la «causa fiduciae», por el contrario, importa que el transferente adquiera un derecho a la restitución o a la ulterior transmisión del mismo objeto transmitido, lo que, a su juicio, tiene bastante importancia a efectos de justificar o no el traspaso de la propiedad. En el mutuo, esa transmisión es necesaria porque, tratándose de un préstamo de consumo, el mutuario no podría consumir las cosas fungibles recibidas, como no sea adquiriendo su dominio. En cambio—continúa—, para la fiducia nunca habría lugar a esas razones que justifican el paso de la propiedad en el mutuo, porque el objeto de la fiducia está constituido por una cosa cierta y determinada, la *causa es un simple fin de garantía o administración*, y la obligación de restituir tiene por objeto el mismo bien transmitido, *in individuo* (Cfr. *Il negozi fiduciari* cit., páginas 117-119).

Como se ve, en el fondo, CARIOTA-FERRARA niega la virtualidad traslativa de la «causa fiduciae», por estimar que responde a un fin *limitado o restringido* (correspondiente al mandato o a la prenda e hipoteca), incapaz de justificar por sí el paso de la propiedad. Por el contrario, de acuerdo con nuestra tesis, el negocio *fiduciae causa* sería admisible como negocio traslativo por estar basado en una causa atípica vecina de la *causa credendi* («do ut reddas tantumdem eiusdem generis»), consistente en el juego de una prestación frente a la promesa obligacional del fiduciario de restituir, al fiduciante o a un tercero, la misma cosa recibida («do ut reddas idem») (art. 1.274, Cód. civ.), causa que es hábil para transmitir el dominio, por exigirle así el especial intento económico-social que ambas partes pretenden. Nótese, por otra parte, que esa exigencia no es menos fuerte que la del mutuo, pues, según hemos demostrado en otra ocasión cabe usar las cosas consumibles ajenas sin que sea estrictamente necesario adquirir su propiedad como *condictio sine qua non* (Vid. JORDANO: *El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, en este ANUARIO, t. I (1948), fasc. 3, págs. 980 y sigs.).

saber si en esta hipótesis se da la característica situación de peligro propia de la fiducia.

Mas veamos antes en qué consiste esa posibilidad de abuso que da pie al otorgamiento de confianza, al juego de la *fides*.

Según la concepción tradicional del negocio fiduciario, la potestad de abuso tiene su fundamento en la excedencia del medio —acto de transferencia— sobre el *scopus*—mero mandato o garantía—, que por sí no exige la transmisión. Esta excedencia o falta de proporción se refleja en el vínculo obligatorio (*pactum fiduciae*) —obligación del fiduciario de comportarse de acuerdo con el fin limitado perseguido y de transmitir la *res fiduciaria* al fiduciante o a un tercero—, que se yuxtapone al vínculo real—negocio dispositivo *erga omnes*. De aquí que el fiduciario, que en su posición frente a todos no encuentra sino límites obligacionales, pueda incumplir el *pactum fiduciae*, valiéndose de la cualidad de que se halla investido (propiedad plena y absoluta o titularidad de un derecho de crédito); por ejemplo, reteniendo o disfrutando la cosa recibida *sub fiducia* en contra de lo estipulado, o enajenándola por título oneroso o gratuito a cualquier tercero. Al fiduciante sólo le quedaría el remedio de su crédito personal contra el fiduciario (*actio fiduciae*) para corregir estas desviaciones de los poderes jurídicos dados al mismo. Así, en el caso de enajenación, no puede accionar ni real ni personalmente contra terceros, incluso de mala fe—con conocimiento del encargo fiduciario—, puesto que ellos adquieren de un verdadero *dominus*; contra el fiduciario puede, en cambio, ejercitar una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios. Lo mismo ocurriría en los casos de un uso o disfrute de la *res fiduciaria* contrarios al fin. Pero en el supuesto de que la cosa, no habiendo salido del patrimonio del fiduciario, fuera retenida por éste en su propio beneficio, en el derecho moderno, contrariamente a lo que sucedía en el derecho romano, en el que el incumplimiento de cualquier obligación sólo daba lugar a una indemnización de carácter pecuniario, tratándose como se trata del incumplimiento de una obligación de prestar cosa determinada, el fiduciante (o el beneficiario) puede recuperarla por la vía de una ejecución forzosa (arts. 1.096 Cód. civ. y 926 L. E. civ.), lo cual dista mucho de ser una limitación real o directa del derecho del fiduciario, que conserva la potestad de abuso, si bien cabe corregirla más eficazmente que con la simple indemnización de daños y perjuicios.

Según la concepción del negocio fiduciario que defendemos, la fuente de la posibilidad de abuso del fiduciario reside también en una excedencia del medio respecto del fin, no en el sentido tradicionalmente admitido, sino en el de que se transmite la propiedad o titularidad de un bien para un fin específico y determinado (*fiduciae causa*), que requiere esa transmisión, y no para todos los fines posibles, de suerte que la posición real que viene a crearse en el fiduciario con el traspaso del derecho es de tal naturaleza y está muni-

da de tales efectos que no puede compaginarse absolutamente con el fin tenido en vista.

Con otras palabras, hay una cierta desproporción, porque no se transmite *por* un fin, como sucede en la compraventa, permuta, donación y cesión, sino *para* un fin, que no agota totalmente el medio. De ahí, la necesidad de establecer límites obligacionales, respecto a la duración de la titularidad y a las facultades concedidas por su investidura, en los que se refleja el especial intento o propósito de las partes y que, a su vez, originan la posibilidad de abuso y proporcionan ocasión para el juego de la *fides*, como factor decisivo en la conclusión del negocio (77).

Es, pues, la misma *causa fiduciae* la que produce una dualidad de efectos de diferente intensidad—*erga omnes e inter partes*—, que por la plena prevalencia de los primeros dan lugar a la posibilidad de abuso y, consiguientemente, al otorgamiento de confianza.

Precisamente porque la posición de fiduciario no deriva de una *propiedad fiduciaria* (propiedad estrictamente adecuada al fin), sino de la propiedad normal apenas limitada con un vínculo obligatorio, aquél se encuentra en una *situación fiduciaria*, libremente escogida por el fiduciante, con todas sus ventajas de tipo práctico y con los peligros de abuso ya señalados anteriormente.

¿Será esa la posición del mandatario en la hipótesis del mandato *ad alienandum*? (78).

Tanto en la construcción de CARRARO como en la de MONACCIANI es evidente que no cabe una potestad de abuso verdadera y propia, ni surge, por tanto, ninguna situación fiduciaria, puesto que la adquisición meramente instrumental del mandatario se realizaría fugazmente, en el mismo momento de la transmisión al tercero (Vid. núm. 20 y 23).

Muy diversas son las cosas cuando se entiende que al mandatario encargado de enajenar *propie nomine* se le transmite previamente la propiedad. Se puede configurar, en efecto, una posibilidad de abuso cuando el mandatario no efectúe la enajenación a que se obligó dentro del plazo convenido, reteniendo en su propio interés la cosa entregada.

Entonces el mandante no podría reivindicarla por haber dejado de ser propietario, si bien podrá pedir judicialmente el cumplimiento de la obligación de enajenar por parte del mandatario o, si éste no se aviene a ello, la indemnización de daños y perjuicios, por tratarse de una prestación de hecho infungible, no sujeta como tal a ejecución forzosa a través de la actividad de otro (79). A lo sumo, podrá el mandante exigir judicialmente la entrega de la

(77) Cfr. JORDANO: *Propiedad fiduciaria y negocio fiduciario* cit., páginas 1261-1263.

(78) Así lo cree FERRARA: *La simulación de los negocios jurídicos*, traducción española, Madrid, 1926, págs. 290-291.

(79) Vid. arts. 1.098 Cód. civ. y 924 L. E. civ.

cosa *sub mandato*, en virtud de la obligación que pesa sobre el mandatario de devolver el precio de la venta a realizar, puesto que si no llegó a vender, esa obligación consistirá en la prestación, no de su equivalente, sino de la misma cosa, y como tal, sujeta a ejecución específica, siempre—claro está—que aquélla se encuentre en el patrimonio del deudor, pues de lo contrario se dará lugar a una reclamación de su valor más los daños y perjuicios provenientes de la falta de la entrega (80).

Hay, por tanto, en este supuesto, posibilidad de abuso, porque el último recurso indicado no la suprime, sino que la corrige *a posteriori*, a costa de no pocas molestias y gastos del mandante. De ahí que exista amplio margen para el juego de la confianza.

En el caso de que el mandatario cumpla su obligación de enajenar, pudiendo vender a cualquiera, incluso a sí propio, bajo ciertas condiciones (art. 1.459 2.º Cód. civ. y Cód. com.), parece a primera vista que aquí no hay campo para la potestad de abuso característica de la fiducia.

Sin embargo, esa posibilidad de extralimitarse se puede presentar en la hipótesis de que el mandatario fuera encargado de vender a un sujeto determinado, puesto que entonces, violando el encargo, podría enajenar válidamente, como propietario que es, a cualquier tercero, aunque éste tuviese conocimiento del mandato.

Y no se diga que, si la enajenación debe tener lugar a título oneroso, la designación de la persona con quien se ha de contratar constituye un elemento accidental y secundario del contenido del contrato, siendo caso de descubrir el elemento principal en el precio, único que interesa al comitente, porque es obvio que si así fuera no se habría indicado una persona determinada.

Aparte de que siempre el mandatario encargado de vender en el propio nombre puede excederse en el cumplimiento del mandato, por ejemplo, enajenando a bajo precio o, peor aún, disponiendo por título gratuito.

En todas estas hipótesis de violación del mandato, el mandatario sólo puede reaccionar mediante una *actio in personam* dirigida contra el mandatario para pedirle el resarcimiento de daños y perjuicios por no cumplir el mandato en conformidad con las instrucciones recibidas (Cfr. arts. 1.714, 1.715, 1.718, 1.719 Cód. Civ., y 252, 254, 256, 258 Cód. com.), estándole vedada la posibilidad de dirigirse contra el tercer adquirente, incluso por título gratuito o de mala fe, con una *actio in res*, visto que adquirió de quien era propietario. En esto radica la diferencia que existe entre la suerte del adquirente del fiduciario y la del adquirente de un testaferrero (intermediario aparente). Este sólo es protegido cuando adquiere del *non dominus* por título oneroso y de buena fe; el primero en todo caso, pues su adquisición es *a vero domino*.

(80) Arts. 926, 3.º y 928 y sigs. L. E. C. Al mismo resultado se llegaría, por otra parte, a través de la revocación del mandato. Sobre esto, vid. *infra* págs. 23 y ss.

Por consiguiente, al mandante solamente le queda el recurso de su acción personal contra el mandatario para corregir las desviaciones y excesos que el mismo realice con los terceros valiéndose de su posición real. Por eso se ve obligado a contar con la fidelidad de su mandatario que, al margen del derecho, le garantiza un exacto cumplimiento del mandato.

Aún hay más. En la hipótesis de revocación del mandato, incluso después de comunicada por el mandante al mandatario, éste, estando investido de la propiedad de la cosa que se obligó a enajenar, puede retenerla para sí o enajenarla por título oneroso o lucrativo a un tercero, violando así su obligación de restituir que deriva del fin del mandato.

Como se ve, estamos ante una hipótesis típica de abuso de la posición real característica de la fiducia, ya que es evidente que el mandante no podría reivindicar la cosa objeto del mandato, por haberse desprendido ya de su propiedad. Ciertamente que, estando ésta aún en el patrimonio del mandatario, el mandante podría reaverla judicialmente en forma de ejecución específica, la cual, como se dijo, no anula la posibilidad de abuso, sino que después de verificada la corrige indirectamente por medio de una acción personal. Pero si el mandatario, después de conocer la revocación del mandato, enajenara la cosa a un tercero, el mandante no tendría más recurso que el de exigir al mandatario inf. el una indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, creemos que en este supuesto de revocación del mandato el mandante puede ir más lejos, en prevención contra el eventual abuso de su mandatario, pidiendo a la autoridad judicial que adopte las medidas que, según las circunstancias, fueren necesarias para garantizar el cumplimiento de la obligación del mandatario de entregar al mandante la cosa o cosas *sub mandato*, que surge como consecuencia de la revocación, y en todo caso para asegurar la efectividad de la sentencia que en el respectivo juicio recayere (arg. art. 1.528 L. E. civ.). Tales medidas podrán consistir en el depósito judicial o secuestro (Cfr. arts. 1.785 y sigs. Código civil), tratándose de muebles, o bien en la anotación preventiva de secuestro o prohibición de enajenar practicada en el Registro de la Propiedad (art. 42, núm. 4 L. H.), si las cosas objeto del mandato son inmuebles. Para decretarlas es suficiente que, además del presupuesto general exigido para que entre en juego todo procedimiento o medida cautelar (*periculum quod est in mora*) (81), aparezca con claridad la obligación de restituir del mandatario a través de la revocación del mandato hecha en escritura pública (art. 1.428, ap. 1 y 1.429, núm. 1.º L. E. civ.). Pero como, según los principios de nuestro sistema para decretar la providencia cautelar no basta un juicio de mera probabilidad basados

(81) Sobre el tema, en general, consúltese J. A. DOS REIS: *A figura do processo cautelar*, en «Boletim do Ministerio de Justiça», 1947, págs. 27 y siguientes y autores allí citados.

en la apariencia de un derecho, será indispensable un juicio de certeza, que no puede tener como fundamento la sola revocación del mandato, siquiera realizada en forma auténtica, si no consta fehacientemente la preexistencia del contrato de mandato por medio de documento público anterior o coetáneo (no contextual, por las exigencias del *agere nomine proprio*) al otorgamiento del negocio instrumental de transferencia del mandato al mandatario (venta disimulando un negocio *fiduciae causa*), por medio de documento privado reconocido legalmente (pudiendo servir al efecto la contra-declaración que de ordinario se habrá redactado al tiempo de elevar a escritura pública la transmisión causal *inter partes*) o por la confesión del mandatario hecha ante el juez competente (art. 1.429, núm. 1.º-3.º L. E. civ.).

Proteger más allá de esto el interés de comitente sobre la cosa, en perjuicio de la certeza y seguridad del tráfico y con daño de los legítimos intereses de los terceros adquirentes, no parece aconsejable.

Innecesario es advertir, después de lo dicho, que el remedio excepcional del secuestro o anotación preventiva, que protege el interés directo del comitente sobre la cosa y no ya sobre su valor en venta (82), no destruye la posibilidad de abuso de confianza por parte del mandatario, sino que la previene cuando aquélla dejó de tener como base la fiducia, por la crisis sentimental del mandante. Hasta tanto que esas medidas sean decretadas, el mandatario puede abusar.

30 Reparemos, por último, en las consecuencias de nuestra construcción en el caso de quiebra del mandatario.

Prima facie parece que, en ese evento, el bien transmitido en plena propiedad al mandatario para que éste pueda enajenarlo como *dominus* está irreparablemente perdido para el mandante, entrando a formar parte de la masa de la quiebra, destinada a constituir la garantía común de los acreedores. Al mandante no le quedaría más que un crédito personal dirigido a la restitución

(82) Se ha dicho que la comisión para venta entraña siempre un interés del comitente en percibir el valor de la cosa (más el eventual *plusvalía* que derive de la operación), porque el hecho de entregarla para venta demuestra la carencia de un interés sobre la misma cosa (NAVARRO MARTORELL, op. cit., páginas 169-170).

Contra esto cabe decir que, realizándose la transmisión del mandante al mandatario con carácter transitorio (desde el punto de vista obligacional, se entiende, el mandante no renuncia definitivamente a la cosa ni pierde su interés sobre ella, como lo demuestra el hecho de que le sea otorgado por la ley un derecho de separación *ob causam finitam* en caso de quiebra, que, como la revocación, pone fin a la relación de mandato. Por otro lado, ante el temor de que el mandatario venda a bajo precio o enajene gratuitamente y resulte después insolvente, no se puede negar la existencia de un interés directo del mandante sobre la cosa, de la que se puede ver injustamente privado sin recibir su equivalente.

de la cosa por la extinción del mandato (83), crédito sujeto como tal a concurso con los de los otros acreedores personales.

Consecuencia ésta que chocaría abiertamente con el texto de la ley, que expresamente concede un derecho de separación a favor del comitente en el supuesto de que existan en la masa bienes de que el quebrado fuera comisionista (art. 909, núm. 4.º, Cód. com.).

Por otro lado, es la misma construcción que hemos defendido la que estaría en litigio, puesto que según el texto de los artículos 908 y 909, núm. 4.º, del Cód. de com., el derecho de separación del comitente es un derecho de restitución «a su legítimo dueño», y de ahí que, legalmente, el fundamento de tal derecho deba consistir en el hecho de continuar perteneciendo la propiedad al mandante.

Apoyaría esta conclusión el artículo 268 del Cód. com. (84).

No obstante, si bien se miran las cosas, se trataría de una conclusión apresurada, porque habría que excluir el derecho de restitución del comitente en la hipótesis de comisión de compra, en la que, sin duda alguna, el comisionista que actúe *proprio nomine* adquiere de manos del tercero la propiedad (85), si bien por cuenta de su comitente, con relación al cual, según el mecanismo de la representación indirecta, no se verificarían inmediatamente los efectos del contrato celebrado, sino que para ello sería necesario un nuevo acto traslativo, posterior y autónomo respecto de la compra (86). Entretanto, el comitente no adquiriría la propiedad y, por

(83) La declaración de quiebra pone, en efecto, fin al mandato. Vid. artículos 1.732, 3.º, Cód. civ., 280 y 878 Cód. com.

(84) «Los comisionistas no pueden tener efectos de una misma especie *pereneccientes a distintos dueños*, bajo una misma marca, sin distinguirlos por una contramarca que evite confusión y *designe la propiedad respectiva de cada comitente*».

(85) Así lo entiende la opinión dominante. Vid., entre otros, FERRARA: *La simulación* cit., págs. 290-291; SCADUTO: *La rappresentanza mediata nell'acquisto dei diritti*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1925, I, págs. 525 y siguientes; CARIOTA-FERRARA: *I negozi fiduciari* cit., págs. 66 y sigs.; ENNECERUS: *Tratado de Derecho civil*, ed. española, t. I, vol. 2.º, págs. 241 y siguientes; GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, vol. II, Madrid, 1936, página 173; NÚÑEZ LAGOS: *Mandatario sin poder* cit., págs. 615 y sigs.; GALVAO TELES: *Op. cit.*, págs. 261-262; NAVARRO MARTORELL: *Op. cit.*, pág. 160.

(86) Según NÚÑEZ LAGOS, visto que el comisionista asumió la obligación de adquirir primero y de transmitir después al comitente, tal acto se realizaría en cumplimiento de una obligación de *hacer* y no de *dar*, pues el mandato no es de los *certos contratos* que transmiten la propiedad mediante la tradición (artículo 609 Cód. civ.) (op. ult. cit., pág. 618). Ahora bien, esa obligación de practicar un acto de transmisión de propiedad a favor del mismo mandante, no es una prestación de hecho en sentido técnico, sino una prestación de cosa, consistente en la enajenación de la propiedad de cierto objeto, que no puede, según el sistema, ser abstracta; tiene que derivar como efecto de un contrato apto para transmitir. Así, pues, también en el supuesto de mandato *ad adquirendum* se siente la necesidad de configurarlo como supuesto de hecho complejo, integrado por el mandato y por otro negocio traslativo atípico, que, según creemos, se basa—análogamente a la hipótesis inversa—en la *causa ditudiciae*.

Alguien ha dicho que en la hipótesis de mandato para adquirir, cuando el

ende, no podría reclamar con ese fundamento la restitución de la cosa caída en la masa del mandatario quebrado. Únicamente podría hacerlo en la hipótesis de comisión de venta, cuando ésta se construyera sin necesidad del previo traspaso de la propiedad del mandante al mandatario, bajo el perfil de la autorización o legitimación (V. *supra* núms. 7 y 9).

Ahora bien, esa divergencia de tratamiento en hipótesis tan semejantes, como derivadas de la misma relación jurídica (obsérvese que el art. 909, n.º 4, Cód. Com. no las distingue), sería totalmente injusta e inexplicable.

Hay, pues, que construir el fundamento legal del derecho de separación del comitente por otros cauces, de manera que se comprendan los dos supuestos de comisión (de compra y de venta) en una misma construcción unitaria.

El argumento basado en el artículo 268 Cód. Com. es inconsistente, pues este precepto—que no distingue—es igualmente aplicable tanto al caso de comisión de venta como al de compra, y en este último caso, como hemos visto, no queda más remedio que admitir el traspaso de la propiedad al *comisionista*.

Esa disposición se explica por la idea de que la ley, al decretar la distinción a hacer en las mercaderías, lo que quiso es señalar la *procedencia* o el *destino* de unas cosas que están en el patrimonio del comisionista en mero tránsito o pendientes de entrega (art. 909, número 4.º).

Del mencionado artículo 268 no se puede deducir ningún argu-

mandatario no debe transmitir inmediatamente el derecho adquirido a quien le ha dado el encargo, sino que lo tiene por cuenta de éste durante un periodo de tiempo más o menos largo, se está frente a un supuesto muy semejante al negocio fiduciario (si no substancialmente idéntico) en cuanto al poder de abuso, del que, no obstante, se distinguiría, de un lado, porque falta la transmisión *directa* del que da al que recibe el encargo, y de otro, porque si bien hay transmisión del tercero al comisionista, entre ellos falta todo convenio fiduciario (FERRARA: Op. cit. pág. 291; CARIOTA-FERRARA: *I negozi fiduciari* cit., pág. 77 nota). De acuerdo: pero el mandante entrega al mandatario el precio de la cosa a comprar por el segundo en el interés del primero, así que, por lo menos, *indirectamente*, hace posible su entrada en el patrimonio del mandatario. Ciertamente que la aludida entrada se realiza *renditionis causa*, mas la adquisición en sí misma se reviste de carácter fiduciario, pues se cambió cosa por precio, y éste se entregó confiando en la lealtad del mandatario, apenas obligado personalmente a transmitir ulteriormente a su mandante. A la transmisión *fiduciae causa* del precio corresponde, por tanto, la restitución de su equivalente con el mismo carácter, es decir, la retransmisión *fiduciae causa* de la cosa. La actividad gestoria del mandatario consiste, precisamente, en procurar esa mudanza de la *res fiduciari* en el interés del mandante. El hecho de que la previa transmisión del precio no requiera necesariamente la existencia de una causa traslativa, no quiere decir que no la tenga, sino que sólo aflora cuando se torna preciso decir por qué se devuelve al comitente.

Aquí no podemos profundizar más en el tema, que reservamos para mejor ocasión. Solamente queremos consignar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1950 da muy juiciosamente el matiz de negocio fiduciario a un supuesto de mandato para comprar. (Vid. en este ANUARIO t. III, 1950, fasc. 3. págs. 942-945.)

mento contrario al paso del derecho de propiedad para el comisionista, porque su fin no es resolver esa cuestión de fondo, sino más bien una simple cuestión de forma: asegurar la *identidad* de las mercaderías objeto de la comisión (87). Del resto, en el artículo 267, apartado 2 Cód. Com., se encuentra una confirmación de nuestra opinión, pues al preceptuar que el comisionista «tampoco podrá alterar las marcas de los efectos que hubiere comprado o vendido por cuenta ajena», sin duda alguna lo que se pretende es conservar inalterada la indicación del destino o procedencia de las mercaderías en comisión.

La solución del problema que venimos discutiendo de cara al derecho positivo español, depende de la interpretación doctrinal que se dé al artículo 908 Cód. Com., porque este precepto no prejuzga la naturaleza del derecho de restitución o separación.

El contenido del artículo citado puede aclararse notablemente prescindiendo de la configuración del *ius separationis* como simple trasunto de la acción reivindicatoria.

Siguiendo a NÚÑEZ LAGOS (88), estimamos que se trata de una acción de restitución por enriquecimiento sin causa, de carácter personal, que no siempre exige que el actor sea dueño, pero que impone como presupuesto ineludible que los bienes se encuentren en el patrimonio del quebrado. Se diferenciaría de la acción reivindicatoria por estas tres notas: 1.ª, el actor no tiene que ser, de modo necesario, dueño *legalmente*, sino *legítimamente*; 2.ª, el quebrado no siempre es mero detentor o poseedor, sino que puede ser también dueño civil (89); 3.ª, la acción no tiene efectos *erga omnes*. Es preciso que los bienes reclamados subsistan en el patrimonio del quebrado, en la masa de la quiebra. Esta última nota—como observa NÚÑEZ LAGOS—excluye también la posibilidad de que sea una *rei vindicatio utilis*, pues esta *utilis in rem actio* no deja de tener los derechos de persecución de todo derecho o acción real. «La mal llamada reivindicatoria de la quiebra—añade—no puede ser reivindicatoria útil porque: *a*) de un lado, no puede ejercitarse más que contra la masa de la quiebra, subsistiendo las cosas en ella. Es una obligación de restituir de la masa; y *b*) de otro lado, la masa no restituye más que su enriquecimiento» (90).

(87) La *ratio legis* de esta individualización obligatoria de las mercaderías objeto de la comisión obedece al deseo de garantizar el interés del comitente, que tiene (comisión de compra) o puede tener (comisión de venta) un derecho a la cosa, lo que adquiere su importancia a efectos de pedir la entrega judicial de cosa cierta y para ejercitar el derecho de separación en caso de quiebra.

(88) Op. cit., págs. 625 y sigs.

(89) Por ejemplo, además del comisionista que compró por cuenta del comitente o al que le fué transmitida la cosa para que la vendiera en el interés de su principal, el marido con relación a los bienes dotales estimados (artículo 909, núm. 1) y el comprador en los casos de los núms. 8.º y 9.º del mismo artículo del Cód. de com.

(90) Op. cit., pág. 626 nota 20.

Así, con relación al supuesto de la quiebra del mandatario *nomine proprio* los elementos de la acción de separación serían éstos:

A) *Elemento personal*. Mandante o comitente: lo mismo en la comisión de compra que en la de venta no es dueño de la cosa, pues en el primer caso aún no le fué transmitida y en el segundo ya se desprendió de ella, entregándola en propiedad al mandatario; pero en ambos casos, sí es titular de un derecho de crédito—*ius obligationis*—dirigido a la prestación de la cosa—*ius ad rem*—, que, por su finalidad, lleva en germen su transformación en un derecho real—*ius in re*. En una palabra, tiene la cualidad de acreedor de dominio, en trance de convertirse en propietario, frente a una obligación consistente en dar una cosa determinada (artículos 1.088, 1.095 y 609 Cód. civ.). El mandatario *proprio nomine* que cae en quiebra está obligado, como efecto de la terminación del mandato, a devolver inmediatamente al mandante la propiedad adquirida por una u otra (por vía del propio comitente o por vía de tercero, conforme se trate de comisión de venta o de comisión de compra).

B) *Elemento real*. Son los bienes de cualquier especie—muebles o inmuebles—*que existan en la masa de la quiebra* (art. 908 del Cód. Com.). Es necesaria, por tanto, la *actualidad* del enriquecimiento en la masa de la quiebra. Esta restituye porque no debe enriquecerse sin causa a costa de otro. Si cesa el enriquecimiento, cesa la acción. Por otra parte, se ha de probar la identidad (Cfr. artículos 267, ap. 2, y 268, Cód. Com.) de los bienes mobiliarios—en cuanto a los inmobiliarios no hay problema—a que se tenga derecho. Este requisito afecta a la *separabilidad* de los mismos bienes.

C) *Elemento formal*. Constituido, de una parte, por una transferencia *legal* al quebrado, pues el mandatario adquirió con títulos legales (transmisión *fiduciae causa* o transmisión *venditionis causa*, según los casos) conformes con el Derecho objetivo; y de otra, por una transferencia que resulta no *legítima*: el mandatario, en un pasado próximo o remoto, recibió bienes del mandante o de un tercero con un fin o destino—*ob causa datorum*—que se frustra totalmente por la inclusión de dichos bienes en la masa de la quiebra. Su permanencia en ella significaría un cambio de destino. Por ello procede la *condictio ob causam finitam* o *condictio causa data causa non secuta* para evitar el enriquecimiento injusto de los acreedores. Los bienes objeto de mandato que se encuentren en el patrimonio del quebrado están sujetos a restitución al cesar las causas que dieron pie a una transmisión legal, pero susceptible de ser revocada con la *condictio* por ilegítima. Es que el Derecho no se contenta con la *legalidad* de la adquisición del quebrado para incluirla en la masa, sino que además exige su *legitimidad* (91). En

(91) Sobre legalidad y legitimidad, vid. las páginas admirables que escribió NÚÑEZ LAGOS en *Pago de lo indebido sin error* cit., págs. 126 y sigs.

la pugna de intereses entre el dueño legal y el dueño legítimo, da la preferencia al último (92), concediéndole el derecho de separación, que evita un injusto enriquecimiento a costa ajena por parte de los acreedores.

(92) «Las mercaderías...—dice el art. 908 Cód. com.—se pondrán a disposición de sus *legítimos dueños*».

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Despido de aparceros

F. CERRILLO

Juez Municipal

INTRODUCCION

SUMARIO: I. La duración de los contratos.—A) Doctrina general.—B) La tacita reconducción.—1. Concepto.—2. Fundamento.—3. Naturaleza.—4. Régimen. a) Vigencia.—b) Duración.—c) Extinción.—C) El preaviso.—1. Concepto.—2. Régimen.—a) La ley.—b) La doctrina.—c) La jurisprudencia del T. S., conclusión.—II. El Derecho de opción del aparcerero.—A) Doctrina general. B) Régimen.—1. Concepto.—2. Fundamento.—3. Antecedentes.—4. Requisitos.—a) Vigencia del contrato.—b) Negativa a continuar la aparcería.—c) Transcurso del plazo.—d) Ejercicio de la oportuna acción.—III. El desalojo.

INTRODUCCION

Es, sin duda alguna el régimen de aparcería uno de los sistemas más antiguos—como dice Planiol—de explotación de la tierra, y concretamente en nuestra Patria una institución secular que conserva gran arraigo en la generalidad de las comarcas, constituyendo en muchas de ellas casi el único sistema de cultivo conocido (1). A pesar de ello, hasta el año 1935, fecha de la publicación de la Ley especial de Arrendamientos Rústicos, poco, por no decir nada, se había preocupado el legislador español de regular esta figura jurídica. Antes de la publicación de Código civil se venían rigiendo las aparcerías por los usos y costumbres de la localidad, normas consuetudinarias que continúan regulando multitud de contratos que nacieron hace más de cien años y que se vienen transmitiendo de padres a hijos con el consentimiento de los propietarios de las tierras, ante la creencia de que las aparcerías en las que no se hayan establecido de antemano plazo de duración no se extinguen jamás, y en las que no se haya establecido dicho plazo se prorroga tácitamente mientras el propietario no haga uso de su derecho oponiéndose a la continuación del contrato. Consecuencia de esta falsa creencia es el extraordinario número de aparcerías

(1) La aparcería, en efecto, se encuentra especialmente generalizada en Cataluña, Aragón, Valencia, etc.

que, sin tener existencia legal, constituyen una realidad viva que pudieran crear problemas de honda trascendencia social (2).

No bastó la publicación del Código civil, cuyo artículo 1.579, copia fiel del 516 del fracasado «Proyecto de 1581», ya se ocupa de las aparcerías—aunque en forma tan incongruente que no ha hecho más que sembrar en la doctrina la incertidumbre y la duda sobre cuál sea la naturaleza jurídica de los negocios parciarios—, ni la publicación de la «Ley especial de rústicos» de 15 de marzo de 1935—actualmente vigente, con las modificaciones introducidas por las de 28 de junio de 1940 y 23 de julio de 1942—, que en sus artículos 43 al 50 establece una regulación más racional de esta figura jurídica, para que se abandone esa creencia a que nos referimos, tan generalizada entre propietarios rurales y aparceros, de la duración indefinida de las aparcerías (3). Hora es ya de que lleguen al convencimiento de que las aparcerías tienen una vida limitada, pues ellas—como en los demás contratos—juegan determinadas causas de extinción, que constituyen otras tantas causas de despido del aparcerero. Dichas causas de extinción estarán constituidas, además de por las establecidas para los arrendamientos, en cuanto sean adaptables a los negocios parciarios, por las señaladas en el artículo 47 de la Ley de 1935 y demás preceptos concordantes.

Dada la extraordinaria amplitud del tema para el examen detenido de las diversas causas de extinción (4), aquí sólo nos hemos de ocupar del despido de aparceros, basado en la terminación del plazo, ya se trate de plazo fijado por las partes al contratar, ya del fijado con carácter supletorio por la ley o costumbre, procurando aclarar con suficiencia los requisitos que han de cumplirse en definitiva para que el propietario pueda disponer libremente del predio que cedió para el cultivo.

I. DURACION DEL CONTRATO

A. DOCTRINA GENERAL

Las antiguas costumbres campesinas en nuestra Patria otorgaban un respeto especial a la prolongación de los arriendos y aparcerías, y no era raro ver varias generaciones de una familia en el colonato de un finca (5). En la hermosa vega valenciana se trans-

(2) Conocidas son las fuertes conmociones sociales originadas en Cataluña con el problema de la rebassa y en Galicia con los foros.

(3) Hoy día en muchas regiones es un lugar común el que las aparcerías no terminan y se continúan, perpetuándose de padres a hijos.

(4) En nuestro *Tratado teórico y práctico de aparcerías* (en preparación), se estudian con detalle, desde el punto de vista práctico y doctrinal, su concepto, naturaleza, clasificación y régimen.

(5) V. sobre el particular BENEYTO. *Estudios sobre la Historia del Régimen Agrario*, Barcelona, Bosch, 1941.

miten los arrendamientos hereditariamente, quedándose con la tierra y el cargo de cuidar a sus padres el menor de los hijos, después de establecidos fuera los mayores o dividiéndose entre los varios hijos la labor. El notable contrato de aparcería conocido en Cataluña con el nombre de *rabassa morta*, que tan extraordinariamente difundido está y tanto ha servido en muchas ocasiones de calmante en las convulsiones societarias, fijaba como duración la de las vides plantadas; duración que luego la costumbre, y últimamente la ley, ha fijado en cincuenta años, dando lugar a que el arrendatario, conocido por *rabbassaire*, pueda transmitir por herencia, donación o venta sus derechos y a que, seguro de tan largo disfrute, aplique su voluntad y atención al mejoramiento de la finca. Análogo a ese contrato es el llamado de *mampostería* en Asturias, que consiste en plantar en un campo ajeno una pomarada y disfrutar a medias con el propietario de sus frutos durante los treinta y tantos años que suelen durar los manzanos.

Sin embargo, en las aparcerías concurren determinadas circunstancias que impiden—a juicio del legislador—el otorgamiento de prórrogas forzosas a favor del aparcerero. No hay que olvidar que es un contrato basado en la lealtad, en la confianza mutua y recíproca entre los socios, que se puede perder, lo que justifica no se imponga con carácter forzoso su continuación a ninguno de los contratantes.

Quizá no sea del todo justa—y menos protectora—la medida del legislador, ya que pudo haber exigido la alegación de justa causa para, cumplido o no cumplido el plazo, conseguir el desalojo. Mas no hay que olvidar las circunstancias especiales en que se desenvuelve este contrato, de tal modo que la moderna legislación social, deseosa de llevar la paz a los campos, sienta con carácter taxativo que las aparcerías durarán como mínimo un ciclo o rotación de cultivo, sin derecho a prórroga más que por la voluntad expresa de ambas partes.

En definitiva, por tanto, las aparcerías durarán lo que las partes hayan previsto en el contrato; a falta de pacto, lo fijado por las costumbres locales, que habrán de ser probadas por aquél que la alegue, y en caso que no se pruebe la citada costumbre un ciclo o rotación de cultivo (6), para cuya determinación habrá de estarse, asimismo, a la costumbre local (7).

Hasta aquí, ciertamente, no hay problema. ¿Mas qué ocurre si transcurrido el plazo contractual, consuetudinario o legal, el aparcerero continúa, con la aquiescencia del propietario, disfrutando de la finca? El derecho clásico y algún sector de la doctrina moderna

(6) Sobre el concepto del ciclo o rotación, p. v. en nuestro estudio el *Año Agrícola en la Ley, en la jurisprudencia y en la doctrina*, en «SURCO», «Boletín de las Cámaras Oficiales Agrícolas, Madrid, 1946, y la voz Año Agrícola en la Nueva Enciclopedia Jurídica.

(7) De aquí la importancia de que los contratantes fijen expresamente la duración en el oportuno contrato, que debe ser formalizado por escrito.

entiende que aquél queda prorrogado por tácita reconducción, cuyo concepto, vigencia y eficacia conviene, en consecuencia, precisar.

B. LA TÁCITA RECONDUCCION (8).

1. Por tal debe entenderse—en el caso presente que nos ocupa—el nuevo contrato que la ley supone existente, extinguida la primitiva aparcería, entre el propietario y el aparcerero, por el hecho de continuar éste en la posesión del fundo, durante el plazo marcado por la ley. Basta que transcurran quince días, según el texto legal, sin necesidad de acto alguno por parte del aparcerero y del propietario para que se entienda celebrado nuevo contrato. La pasividad de los contratantes lo origina.

2. El fundamento de la tácita reconducción debe verse en una potente razón de equidad y justicia. No es justo que si el colono o aparcerero prepara la cosecha mediante una serie de labores que comenzando con la siembra terminan en la recolección, contando con la total aquiescencia del propietario, éste pueda arbitrariamente desahuciar en cualquier momento, cuando pudo hacerlo antes de comenzar el año agrícola, evitando de esta manera injustos perjuicios y garantizando la estabilidad del cultivador.

3. La tácita reconducción se basa en el consentimiento presunto del propietario. No está clara, sin embargo, su vigencia en el nuevo Derecho. En el C. c., indudablemente, la tácita reconducción era aplicable a las aparcerías, y al mismo resultado conduce en la actualidad el sentido general de la legislación arrendaticia, el fundamento de equidad en que se basa y la aplicación subsidiaria de las normas del C. c. No obstante, al establecerse en el artículo 49 de la Ley que «... las aparcerías concertadas voluntariamente durarán como mínimo una rotación de cultivo, sin derecho a prórroga más que por la voluntad expresa de ambas partes», se ha venido entendiendo en la doctrina, e incluso por la jurisprudencia del T. S., no ser de aplicación a las aparcerías la institución que nos ocupa. Así, aparte de criterios doctrinales, el T. S. tiene declarado que en las aparcerías no caben otras prórrogas que las convenidas por la voluntad expresa de ambas partes (SS. 3 febrero 1943, 10 enero y 25 octubre 1944 y 22 de enero de 1946), y más concretamente que «no puede adoptarse la afirmación de que al producirse el aviso se había prorrogado la aparcería por tácita aquiescencia del arrendador aparcerero por otros dos años, porque esa clase de prórrogas no operan en esta especie de contrato y para ser eficaces tienen que concretarse por la expresada voluntad de ambas partes» (S. 21 diciembre 1949) doctrina reite-

(8) Sobre la tácita reconducción en general, p. v. nuestro estudio *La tácita reconducción y el nuevo régimen legal arrendaticio*, en «Justicia Municipal, Cuestiones varias, procesales y arrendaticias, en colaboración con P. ARAGONES. Madrid, 1949.

rada en el Considerando 1.º de la Sentencia de la Sala de lo Social de 11 de mayo de 1950 al declarar que «es reiterada la jurisprudencia de esta Sala, sentada, entre otras, en Sentencias de 22 de enero de 1946 y 21 de diciembre de 1949, en el sentido de exigir en los contratos de aparcería, para que las prórrogas de dichos contratos tengan eficacia, que sean pactados expresamente, como el art. 49 de la Ley de 15 de marzo de 1935 lo exige, y, por tanto, una vez transcurrido el ciclo de rotación de cultivos de cuatro años pactado en el contrato primitivo, se carece de derecho para imponer nuevos ciclos de duración de cuatro años por la tática y pudiendo el propietario dar por terminado el contrato, una vez transcurrida la rotación pactada, cuando lo tenga por conveniente, pues para que esa prórroga origine nuevos derechos a la permanencia de la finca debe ser convenida expresamente, y en el caso del pleito ninguna de las partes ha alegado ni probado que la prórroga en la posesión de la finca por el aparcerero cultivador haya sido expresamente concertada».

4. Es absurda, sin género de dudas, la posición de la doctrina y la del T. S. Amparándose en una interpretación literal que pretende ser rígida y formalista del art. 49, mezcla y confunde dos instituciones perfectamente diferenciadas y de muy dispar naturaleza (9). Efectivamente, de acuerdo con el legislador, el aparcerero no puede tener derecho a *prórrogas*, pues así lo expresa el texto terminante de la Ley. Lo que no se puede prohibir es que las partes otorguen *una nueva* convención, siendo indiferente a tal respecto la forma de manifestación (expresa, tática, presunta), de voluntad, que *ha de regirse conforme a las reglas generales del derecho común*. La Ley (arts. 1.566 y 1.567 del C. c.) presume el consentimiento «si al terminar el contrato permanece el arrendatario (aparcerero) disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador...» Si tal sucede, si el aparcerero continúa en el disfrute quince días y el propietario lo permite, se deberá entender celebrada una nueva convención con propia independencia y virtualidad. Su plazo de duración será el que marca el art. 1.577 (10), y podrá resolverse por las mismas causas que el contrato original, entre ellas la terminación del plazo a que antes se hizo mención.

C. EL PREAVISO

1. Etimológicamente, preaviso (de *pre*, antelación, y de *aviso*, dar noticia) significa comunicar alguna cosa con anticipación, y

(9) La distinción entre una y otra institución aparece expresamente, entre otras, en S. A. T., de Madrid, de 9 febrero 1949: «...la diferencia principal radica en que la primera (prórroga forzosa) supone prosecución del mismo (se refiere a contrato), mientras la segunda implica nuevo nexo arrendaticio y no prolongación del anteriormente estatuido y terminado...».

(10) Conforme doctrina reiterada del T. S., el término de duración no ha de ser necesariamente igual al del contrato primitivo (SS. 29 septiembre 1906 y 29 diciembre 1909).

referido al punto que nos ocupa es la notificación realizada por el propietario o aparcerero, con suficiente antelación, de la terminación del plazo y de su deseo de dar por finido el contrato.

2. No aparece clara su obligatoriedad en el nuevo Derecho. A tal respecto es evidente que si se ha fijado expresamente esta obligación por parte de cualquiera de los contratantes, a ello habrá de estar, tanto por lo que al plazo se refiere como a la forma, modalidades, etc., doctrina ésta recogida reiteradamente por el T. S. en sus Sentencias de 21 de enero, 9 de febrero de 1948, 27 de mayo de 1949, etc., y taxativamente por la Audiencia Territorial de Cataluña al decir en su Sentencia de 11 de noviembre de 1948 que en el caso de duración indefinida de las aparcerías se puede pactar válidamente, con eficacia obligatoria, el preaviso, y a ello habrá de estarse en primer término.

No obstante, el problema se puede plantear cuando las partes no hayan previsto nada en el contrato sobre el particular. ¿Será preciso en tal supuesto el preaviso para la terminación de las aparcerías? Evidentemente, según los principios generales del Derecho común, si el arrendamiento o aparcería se ha hecho por tiempo determinado, concluye el día prefijado sin necesidad de requerimiento, pero en conformidad con el art. 44 de la Ley especial entendemos que habrá de estarse de tal evento a los usos y costumbres locales y comarcales—cuya carga corresponde a quien los alegue (11)—que determinarán en el caso concreto o si existe tal costumbre en la localidad y cuál será, en su caso, la antelación con que el propietario debe avisar o comunicar al aparcerero su propósito de dar por terminada la aparcería. Expresamente lo reconoce así la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia de 10 de mayo de 1949 (12); pero no obstante, y pese a la evidente trascendencia del punto debatido—a no dudar crucial para la vida de las aparcerías—, son notoriamente confusas y dispares la posición de los tratadistas y las resoluciones del Tribunal Supremo.

3. Así, Casas Mercade (13) no cree, en principio, necesario el año de aviso previo a la recuperación de la finca, y lo mismo opina V. Gundín por analogía a lo dispuesto en el art. 1.565 del C. c., y el propio G. Royo (14), que llega incluso a sostener, con una originalidad peligrosísima, que el propietario «... puede rescindir el contrato cuando lo estime conveniente...» sin que sea necesario que avise al aparcerero su propósito con ninguna antelación, tesis a no dudar absurda. Por el contrario, A. Leal, en un estudio publicado en la *Revista General de Legislación y Juris-*

(11) Es de observar que en la práctica, con olvido de tan elemental principio, se alega simplemente la costumbre que, lógicamente, a falta de prueba, es inatendida por el Tribunal.

(12) P. v. en *Revista general de Derecho*, 1950, p. 108.

(13) *Las aparcerías y sus problemas*, Barcelona, Bosch, 1949.

(14) *Tratado de Arrendamientos Rústicos*, edic. 1945, pág. 198.

prudencia (15), entiende que el aparcerero-empresario ha de dar la voz de terminación de la aparcería, y, por su parte, Bellón estima que interin el propietario no manifieste su propósito de desistir de la aparcería, por su consentimiento tácito se ocasiona la persistencia del contrato por rotaciones de cultivo, o sea que se produce una implícita prórroga...» (16). Hidalgo, en su documentado estudio incluido en la *Revista General de Derecho*, escribe que «en cuanto a la necesidad del previo aviso, estimamos que, pese a las alusiones contenidas en las Sentencias de 22 de enero y 8 de marzo de 1946, el tono de la jurisprudencia del art. 49 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935, hacen innecesarios tales avisos...» (17). Tal criterio se halla confirmado, además, a su juicio, por Sentencia de 14 de octubre de 1946.

4. No es más afortunada ni precisa la doctrina del T. S. Así, mientras la Sentencia de 22 de enero de 1946 afirma que es dable cortar la aparcería mediante el aviso con la antelación concertada o requerida por la costumbre, sosteniendo análogo criterio algunas Sentencias de la Audiencia Territorial de Valencia y la de Cataluña de 14 de enero de 1948, la Sentencia del T. S. de 19 de febrero de 1948 entiende que «no es preciso que los propietarios avisen de no querer seguir este sistema—el de aparcería—porque conociendo perfectamente por el aparcerero el término contractual, les es dado decidirse con la antelación suficiente a seguir como arrendatario y proceder, en su consecuencia, a procurárselo por vía legal...», siquiera de ello se refiera al aviso a los efectos del artículo 7.º de la Ley del 40, teniendo definida la aparcería sin previo aviso del propio modo las SS. de 14 de enero de 1944, 28 de mayo de 1945, 14 de octubre de 1946, etc. No obstante, y de manera categórica, alguna sentencia del Tribunal Supremo, confirmando la dictada con anterioridad por la A. T. de La Coruña (Ponente Bellón), entiende que «no debe reputarse finalizado el contrato de aparcería por no habersele avisado (al aparcerero) con la antelación que la costumbre local exija».

5. En conclusión, se puede sostener que el plazo de extinción, tanto legal como contractual, actúa *ope legis*, de tal forma que no es necesario, en principio, el preaviso para cortar el tracto posesorio, y el propietario podrá desahuciar judicialmente al aparcerero dentro del plazo de quince días, a partir de la terminación. Ahora bien; en caso de costumbre (probada), o de pacto que así lo disponga a ello habrá de estarse en cuanto a cualidades, plazo, etcétera, derogándose de este modo el principio general citado respecto a la finalización de los contratos. Por otra parte y ante el silencio de la ley, respecto a la forma de llevar a cabo la referida notificación, basta cualquiera de los procedimientos ordinarios (acto de conciliación, requerimiento notarial, telegrama pos-

(15) Revista citada, 1947, pág. 710.

(16) *Régimen de arrendamientos rústicos*, edit. Nacional, Madrid, 1942.

(17) *Opción del aparcerero*. «Revista general de Derecho», 1947, pág. 286.

tal certificado con acuse de recibo, incluso por escrito privado o verbalmente, etc.), con tal que pueda probarse suficientemente que el aparcerero o propietario lo ha recibido. No obstante, para mayor claridad, al final se insertan los formularios más corrientemente utilizados.

II. EL DERECHO DE OPCION (18)

A. DOCTRINA GENERAL

Terminada la aparcería el aparcerero tiene la obligación de abandonar la finca, pero puede, si así le conviniera, durante la vigencia del contrato, «optar por continuar como arrendatario de una parte de tierra proporcional a su participación con todos los beneficios que le otorga la legislación arrendaticia», en virtud de la facultad que al mismo le confiere el art. 7.º de la L. A. R. de 1940. Dicho artículo, por la imprecisión y falta de lógica de su redacción, ha dado lugar a múltiples litigios y discusiones doctrinales, en parte debidas a la falta de método, por lo que se impone un estudio detallado con el fin de fijar sus principales caracteres, antecedente, finalidad y requisitos.

1. Etimológicamente la palabra *opción* (del latín *optare*, elegir), implica *lato sensu* la facultad atribuida a una persona, sea por la Ley, sea por una convención de elegir entre dos situaciones jurídicas diferentes. Referida a la institución que nos ocupa, puede ser definida como «la facultad legal otorgada al aparcerero de elegir a la finalización del contrato por expiración del término, entre dejar la finca, abandonando su cultivo, o continuar como arrendatario de una parte de tierra proporcional a su participación, con todos los beneficios que otorga la ley.

2. Reiteradamente tiene reconocido la doctrina y la jurisprudencia, tanto del T. S. como de los tribunales inferiores, que el mentado precepto tiende simplemente a favorecer y amparar al aparcerero, evitándole el quedarse en la calle cuando, terminado el contrato, no fué éste prorrogado por defecto de asentimiento del propietario (Ginzo Soto), constituyéndolo, por tanto, la consagración de un derecho concedido exclusivamente al cultivador, verdadera prórroga obligada a su favor para que si lo desea permanezca en el uso y disfrute de la finca que elabora. Por su parte, la jurisprudencia ha entendido que la finalidad del mentado precepto no es otra que compensar en lo posible al aparcerero de la imprórroga obligada (S. de 22 de enero de 1946), nacida como retorsión al propósito del propietario de no querer continuar en el cultivo (S. de 22 de enero de 1946) constituyendo en tal sentido un ver-

(18) Sobre el derecho de opción en general, aparte de los tratados generales, p. v. los estudios editados de HIDALGO, CASAS MERCADÉ, y la reiterada jurisprudencia del T. S.

dadero derecho potestativo del aparcerero (S. de 11 de mayo de 1950), que no puede ser ejercitado por vía de excepción conforme a la doctrina sentada en la propia resolución.

3. El art. 7.º de la ley de 1940 surge en la vida legal sin antecedentes propiamente dichos. El precepto correspondiente de la legislación anterior—el art. 11 de la L. A. R. de 1935—llegaba a resultados totalmente opuestos en la regulación del propio caso. En la L. A. R. de 1935 se dió a la aparcería un trato especial, considerándola la mejor forma contractual para resolver la explotación de la tierra por persona distinta del propietario; se reguló por el capítulo octavo de la misma, y una de las notas especiales que la diferenciaron del arrendamiento fué la no existencia de prórrogas impuestas por la sola voluntad del arrendatario; se debió esto al valor que la confianza personal tiene en el desarrollo de este vínculo contractual. Por otra parte, se dió a los propietarios la opción (párr. 6.º del art. 11 y 4.º del 49) de convertir el arrendamiento en aparcería al llegar la prórroga de aquél, opción ésta con la que se favoreció la difusión de este tipo de contratos. Suspendidos en 1936 los desahucios y alterada de hecho, en un gran porcentaje de casos, la situación del cultivo agrícola con la guerra, se hizo precisa una regulación que resolviera las situaciones anómalas y diesen a los cultivadores de las tierras la estabilidad, que empezaba a ser cada día más difícil por el aumento de valor de los productos agrícolas. A esta necesidad respondió la Ley de 28 de junio de 1940; en ella se aumentaron las prórrogas a que el arrendatario podía acogerse y se recogieron las causas de desahucio y de negociación de prórrogas. Este alargamiento forzoso de plazos no podía extenderse en la forma automática a los aparceros por la necesaria confianza; pero, para darles las mismas ventajas de continuidad de los arrendatarios (equiparación impuesta por razones de equidad) se recurrió, sin conexión alguna con la anterior convertibilidad de arrendamientos en aparcerías, a sustituir la prórroga por una posibilidad de transformación con la aparcería en arrendamiento, con la que el aparcerero, sin derecho a prórroga, devenía arrendatario con este beneficio de permanencia.

Fundándose precisamente en la «orfandad» del citado precepto y la falta de asistencia legal, algún autor lo califica de «mera declaración básica o programática de dificultosa aplicación hasta que un adecuado desarrollo legal del precepto lo engarce armónicamente en la Ley y de una vida real» de que hoy—a su sentir—carece. La hipótesis, es, a no dudar, aventurada, y aparte de no resultar cierto que carece de efectividad práctica como lo prueba el gran número de resoluciones jurisprudenciales a que ha dado lugar en su corto período de vigencia—que el propio autor recoge—su régimen hay que entroncarlo con la mentada disposición de 1935, otorgándose este derecho de opción como legal recompensa la suspensión del mentado derecho.

4. Son, pues, requisitos del derecho de opción:

1.º *Vigencia del contrato.*

2.º *Que el propietario no quiera continuar la aparcería.*

3.º *Transcurso del plazo* (contractual o legal).

4.º *Ejercicio de la correspondiente acción.*—Se estudian separadamente.

1.º *Vigencia del contrato:*

Como quiera que el derecho que al aparcerero concede el artículo 7.º arranca de su carácter de tal para optar por la transformación en arrendamiento deberá pretenderlo antes de que por término del plazo convencional o legal quede extinguido el contrato, deje de ser tal aparcerero y se interrumpa jurídicamente la continuación a que aspira en el estado de cultivador. En definitiva, se requiere:

a) *Una relación de aparcería existente.*—La Ley habla simplemente de que «si el propietario no quiere continuar en aparcería» lo que implica la existencia de un contrato de aparcería válido y eficaz. Mas si después de haberse ejercitado la opción es impugnada eficazmente la relación por falta de consentimiento, etc., debe entenderse también que no ha tenido lugar la transformación en arrendamiento.

b) *Que el contrato de aparcería se halle vigente.*—Cuando el plazo contractual o legal no se ha cumplido, efectivamente, no puede haber problema. Pero la realidad es que existen una multitud ingente de aparcerías que, sin constar por escrito o hallándose consignadas en documento privado, pero con plazo ya definido, viene subsistiendo de años sin más base o vínculo jurídico que el presunto asentimiento de las partes. Si, como hemos visto, el propietario viene obligado a notificar al aparcerero, con la oportuna antelación, su propósito de desistir del contrato, no prorrogado expresamente, o ejercitar la correspondiente acción, es lógico que durante la vigencia del nuevo contrato que por la tácita se ha originado pueda ser ejercida tal facultad. No obstante, la jurisprudencia del T. S., con olvido de tan elemental principio, reiteradisísimamente ha llegado a afirmar que la opción se extingue simultáneamente con el término (pactado) del contrato. (S. de 11 de mayo de 1950).

*c) *Es indiferente que el aparcerero tenga o no título escrito.*—Establecido un régimen marcadamente antiformalista en la Ley de 1942 los aparcereros gozarán de todos los derechos que la ley les confiere, independientemente de la forma que aparezca realizado el contrato. Dicho precepto tiene, lógicamente, efectos retroactivos, siendo de aplicación, en consecuencia, a los contratos anteriores la Ley (S. de 4 de abril de 1944).

2.º *Negativa a continuar la aparcería.*

La Ley habla de que se podrá solicitar la conversión «si el propietario no quisiere continuar en aparcería el cultivo agrícola de una finca». Luego si el propietario permite continuar su cultivo, ya manifieste su propósito expresa o tácitamente, no habrá lugar a la transformación, por el debido respeto al principio de la autonomía de la voluntad, siquiera ésta se halle limitada y constreñida en el moderno derecho arrendaticio, rústico y urbano (19).

3.º *Transcurso del plazo (contractual o legal).*

Sólo vencido el contrato puede tener la referida facultad. De establecer otro criterio—ha dicho taxativamente el T. S.—sería conceder a una de las partes contratantes facultad para incumplir las obligaciones contraídas, lo que es contrario a lo ordenado en el art. 1.091 del CC., por lo que la negativa del propietario a la continuación de la aparcería tiene que referirse la continuación del plazo contractual y no antes en que lo pactado obliga a su cumplimiento por imperativo de las disposiciones que regulan las obligaciones contractuales. Del propio modo entiende la doctrina que la referida facultad ha de ejercitarse respetando el ciclo mínimo de la aparcería (Bellón), pues la Ley ha querido referirse al momento del plazo contractual de la misma (Rodríguez Jurado, Martín Artajo, Fernández Salcedo y Vázquez Gúndin).

4.º *Ejercicio de la oportuna acción.*

No basta con la tenencia del derecho por parte de aparcerero ni incluso con su alegación como excepción en el juicio de desahucio por terminación del plazo, sino que es imprescindible el ejercicio de esta facultad. Así lo han reconocido reiteradamente las SS. de 3 de febrero de 1943, 3 de mayo de 1944, 23 de junio de 1944 y 17 de octubre de 1945, 18 de enero de 1946, 22 de enero de 1946, 8 de marzo y 14 de octubre de 1946, 11 de marzo de 1947, etc., en base a que tales alegaciones se hicieron después de terminar el plazo contractual de vigencia de la aparcería, y sin que tal derecho de opción se hubiere ejercitado en tiempo ni procedimiento oportunos. Dada la gran importancia, en consecuencia, de la mentada acción, conviene precisar sus diversos elementos.

A) *Legitimación activa.*—Del texto literal y por las razones expuestas se deduce claramente que el único titular del derecho de opción es el aparcerero. El art. 7.º de la Ley no concede al propietario ningún derecho de transmutar la aparcería en arrendamiento, como pretende algún articulista. Este precepto no admite más exigencia ni más derecho que el del aparcerero a obligar al

(19) Cfr. sobre el particular nuestro estudio *Los actos propios*, y el «Moderno Derecho arrendaticio en Justicia Municipal», cit.

propietario—cuando concurra el requisito que la ley determina—a formalizar el contrato de transformación (Ginzo Soto). En definitiva, el propietario no tiene tal derecho de opción y, por tanto, no puede invocarlo a su favor.

B) *Legitimado pasivamente* está el propietario, sus herederos y causahabientes conforme a la doctrina general.

C) *Procedimiento*.—En definitiva, el trámite a seguir por el aparcerero para hacer eficaz su derecho, al tiempo de finalizar la aparcería, es el siguiente:

1.º Requerir al propietario, antes de su terminación, para que manifieste su propósito de seguir o no en la explotación parciaria. Es preciso advertir:

a) No se establece forma sacramental alguna. En consecuencia, bastará con cualquiera de las formas admitidas en derecho, con tal de que en caso de negativa pueda ser probado.

b) El requerimiento habrá de ir efectivamente encaminado a obtener la declaración de voluntad del propietario. Cualquier otra manifestación de voluntad carece de eficacia a tal efecto.

2.º En caso de negativa o silencio del propietario, transcurrido el plazo que al efecto se señale, y antes de caducar la aparcería, ejercitar ante los Tribunales la acción correspondiente. Conviene precisar:

a) No basta el mero anuncio del ejercicio de la acción (S. de 28 de mayo de 1945).

b) No es suficiente la reserva hecha en acto de conciliación de exigir judicialmente tal derecho (S. A. T. de Cataluña de 27 de septiembre de 1948).

c) Tampoco basta, en consecuencia, con celebrar acto conciliatorio a tal efecto, si antes de la expiración del plazo no se ejercita la acción correspondiente. Así lo ha reconocido expresamente la S. de la A. T. de Galicia de 22 de septiembre de 1949.

d) El trámite a seguir en tal supuesto es el del correspondiente juicio declarativo tramitado conforme a la norma 3.ª de la disposición transitoria 3.ª, apar. A) de la L. de 1940, en súplica de que el Juzgado declare tal derecho, fije el precio del nuevo arrendamiento, etc., etc. (20).

5. La rescisión del contrato primitivo llevará consigo, como en toda extinción del negocio jurídico parciario, la correspondiente liquidación, con abono de mejoras, reparto de frutos, etcétera, etc. La fijación la harán de común acuerdo los interesados y subsidiariamente la Autoridad judicial, en procedimiento tramitado de acuerdo con las normas antes expuestas de la ley del 40.

Por lo demás el primitivo contrato de aparcería quedará sustituido por el correspondiente contrato de arrendamiento, que

(20) Sobre procedimiento, en general, en materia arrendaticia, p. v. GONZALO SOTO, *El procedimiento judicial en los arrendamientos rústicos*, Burgos, Aldecoa, 1944, y CERRILLO, *Procedimiento judicial arrendaticio rústico*, publicaciones del Instituto Español de Derecho Procesal, Barcelona, 1951.

en casos de resolución judicial fijará, de ordinario, los requisitos de extensión, precio, etc., ya en la sentencia directamente o bien en período de ejecución. Se ha de advertir que si bien dicho contrato arrendaticio deberá recaer, precisamente, sobre la parte proporcional de las fincas llevadas en explotación (si la aparcería es a medias, la mitad, al tercio, la tercera parte, etc.). No es preciso, en cambio, que la conversión arrendaticia afecte a todas y cada una de las fincas que estaban cultivadas en aparcería, bastando, en consecuencia, que recaiga sobre la parte proporcional que corresponda.

Una vez convertida la aparcería en arrendamiento queda definitivamente incardinada en esta categoría de contratos con los derechos y obligaciones que le son propias, no sólo por las leyes de 1935 y 1940, sino también de las posteriores, aun cuando otra cosa pudiera deducirse del texto. La duración del contrato se regirá, pues, por las normas generales: autonomía de las partes y mínimo legal del artículo de la ley del 40 en relación con el texto de la del 42.

III. EL DESALOJO

Extinguido el contrato sin haber lugar a la tácita reconducción o sin que el aparcerero haya hecho uso del derecho de opción a que le faculta el art. 7.º de la Ley, se plantea el problema de su desalojo, es decir, en definitiva el problema de dejar el predio a la libre y total disposición del propietario.

¿Qué procedimiento se deberá emplear? Evidentemente, en principio, la acción de desahucio por terminación del plazo, al amparo de lo que determinan los arts. 44 y 47 de la Ley. Más en la práctica, como afirma R. Jurado, se han dado bastantes casos de confusión entre la referida acción basada en los artículos citados y la fundada en la situación de precario prevista en el apartado 3.º del art. 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

La confusión proviene de que no es lógico que una acción de resultados tan concluyentes como la del desahucio se interponga inmediatamente después de la extinción del contrato, sino que normalmente suele mediar un período más o menos largo entre dicha extinción y la presentación de la demanda, período en que, ordinariamente, el propietario requiere al aparcerero para que, voluntariamente, desaloje la finca, y cuando no lo consigue es cuando no tiene más solución posible que acudir a los Tribunales mediante el ejercicio de la oportuna acción. En este período intermedio de tiempo, ¿en qué concepto ha poseído la finca el antiguo aparcerero?, ¿como tal aparcerero o como precarista? Este es el origen de la confusión.

Evidentemente terminado el plazo contractual y requerido de desalojo el aparcerero, el título que legitimaba su posesión ha perdido toda su eficacia y el poseedor prosigue la tenencia de esa

cosa, se empeña en mantener la posesión que obtuvo a virtud de título fenecido, con lo cual se mantiene violando unos pactos o normas de carácter legal a cuyo amparo nació esa posesión que continúa y prosigue contrariando la voluntad del verdadero titular, del legítimo poseedor. En realidad, los negocios jurídicos no tienen una vida eterna, sino que evolucionan, transforman y extinguen y el T. S. tiene declarado que constituye la situación del precario la falta de un título que justifique el goce, ya porque nunca se haya tenido o bien porque teniendo en un tiempo virtualidad la haya perdido (5 de julio de 1945), o con título ineficaz para enervar el dominical que ostente quien promueva el desahucio (5 de diciembre de 1943 y 26 de junio de 1947), entendiéndose que si bien es cierto que el arrendamiento (puede leerse aparcería) mientras subsiste excluye el precario, no lo es menos que el arrendatario, una vez aquél fenecido deja de serlo y queda sin título que legitime su posesión (S. de 23 de diciembre de 1939) y que la posesión arrendaticia del demandado queda extinguida al acordar la rescisión del contrato de arrendamiento, desde cuyo momento el demandado posee la finca objeto del litigio sin título alguno y sin pagar merced (SS. de 25 de junio de 1945 y 6 de julio de 1945).

Por tanto, se debe concluir afirmando que la permanencia del aparcerero en el fondo, transcurrido el término legal, implica una verdadera detentación precaria, al menos en el concepto amplio que a tal figura da el T. S., de tal forma que si continúa detentando la finca es sin vínculo contractual que lo justifique y sin más motivo para ello que la tolerancia a que se refiere el art. 444 del C. c., por parte del propietario y por mera liberalidad, viniendo a constituir así una *vitiosa possessio*, una verdadera *possessio alieno nomine*, inhábil para usucapir y revocable a voluntad del primitivo arrendador que podrá utilizar el cauce de las acciones reales (reivindicatoria o de precario) contra el tenedor que perturba su *legítima possessio*.

No obstante, en la práctica es más aconsejable, a nuestro juicio, actuar por las normas especiales de la legislación arrendaticia, no sólo por tener que probar de otro modo el propietario la posesión real de la finca (art. 1.564 de la L. E. C.), sino porque no existiendo con frecuencia el contrato escrito y alegándose, a no dudar, por el demandado ser aparcerero, existirán dificultades de prueba para apreciar si el contrato se encuentra o no definido, cuya carga ha de corresponder al propietario, con las limitaciones inherentes a los juicios sumarios, y porque, además, en alguna ocasión el T. S. ha declarado que si a los efectos del párr. 3.º del art. 1.565 de la L. E. C., existe precario cuando el demandado no paga merced por el disfrute de la finca, siempre que la tenga sin título ni vínculo de derecho por el que pueda ser compelido el dueño a reconocerlo y respetarlo, no pueda ser ampliado dicho concepto a otras situaciones jurídicas perfectamente delimitadas

por la ley, como el contrato de aparcería, por el cual quien disfruta de una finca rústica, tiene su uso en el concepto que le atribuye las disposiciones que lo regulan, no procediendo en consecuencia estimar que tiene el concepto de precarista, quien continúe en la finca una vez concluido el contrato de aparcería en virtud del cual la ocupaba (S. de 6 de febrero de 1932).

Del propio modo el T. S. de Cuba, aplicando los propios textos legales españoles, tiene establecido que el vencimiento del contrato de arrendamiento (léase *aparcería*), no produce el efecto de convertir en precarista al que entró en la finca como arrendatario, pues, precisamente, en previsión de ese caso, los arts. 1.569 del C. c. y 1.560 de la L. E. C., consideran dicho vencimiento como una causa de desahucio (S. de 15 de diciembre de 1939) y que no tiene el concepto de precarista, sino el de arrendatario el que ocupa una finca en virtud de su contrato de arrendamiento, aun cuando éste se halle vencido por expiración de su término convencional o de sus tácitas reconversiones sucesivas, ya que precarista es el que disfruta un inmueble por mera tolerancia del dueño, sin título legal que le dé derecho a disfrutarlo y sin pagar merced. (S. de 15 de diciembre de 1936) y más recientemente: «que en los casos de cosa arrendada y en los de aparcería, en cuanto ésta participa de naturaleza arrendaticia, coexisten dos posesiones: la dominical que perdura en el propietario ejercitada de hecho en nombre de éste por el arrendatario o aparcerero cultivador, y la de éstos—posesión de derecho arrendaticio—; extinguido éste por cancelación del título recobra el propietario, de derecho siempre y de hecho cuando no hay oposición, la «*possessio*» en el primer supuesto y le acompaña el «*ius possessionis*» en el segundo. De aquí se deduce la acción, que en este segundo supuesto corresponde siempre al propietario frente al aparcerero o arrendatario remisos para que la posesión se restituya íntegramente, y una de las formas de tal acción es la de desahucio. La tenencia en precario aludida en el recurso como subsiguiente a 13 de diciembre de 1945 nada la abona en el orden sustantivo ni consiguientemente en el procesal, ya que falta en absoluto dato alguno revelador de cesión gratuita de disfrute, y al contrario, el ejercicio de la acción de desahucio demuestra que no ha sido nunca propósito del actor conceder aquel beneficio» (S. de 3 de julio de 1947).

VIDA JURIDICA

Vida jurídica.

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Apertura de los Tribunales

El día 15 de septiembre de 1951, con el ceremonial acostumbrado, se celebró en el Palacio del Tribunal Supremo de Justicia la solemne sesión de apertura de los Tribunales. Bastaría esta noticia escueta para diseñar en toda su trascendencia el acto ritual por el que se abre un nuevo año judicial y con él la vida de un curso que encauzará nuestro orden jurídico hacia el norte de la Justicia.

Pero cada año la solemne apertura de los Tribunales trae ocasión de lucrar una lección a cargo del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Supremo. Y merece dedicar atención más espaciada al discurso de este año, en el que D. José Castán, maestro universitario en el vértice de la organización judicial española, ha expuesto en clara doctrina un tema de tanto interés como el de «Poder judicial e independencia judicial».

El tema no envejece por conocido y tratado que sea y en esta hora crítica del mundo conviene replantearlo. Pero para señalar claramente las perspectivas hay que separar dos puntos de vista: el de la independencia judicial como principio político y el de la independencia judicial como exigencia y como ideal de la realización del Derecho.

Como principio político, la independencia judicial hunde sus raíces en los orígenes mismos del Derecho. Pero fué el moderno Derecho constitucional el que se enfrentó con los problemas de los poderes, funciones y órganos del Estado y a través de ellos con la cuestión de la independencia judicial. La doctrina de la separación de poderes no fué muy generosa, en cambio, con el poder judicial: Montesquieu, su formulador, deja reducido al juez a *la bouche qui prononce les paroles de la loi*. En tiempos más modernos—piensa en Duguit y en Hauriou—el judicial llega casi a ser eliminado de la lista de poderes. La crisis de la teoría de separación de poderes no afecta, por tanto, demasiado a la independencia judicial. En la teoría del Estado de Derecho pugnan los principios de legalidad y juricidad por imponer la idea de normatividad legal o la de la función jurisdiccional. La crisis del principio de legalidad es cierta, pero no absoluta.

El estudio de los diversos ordenamientos positivos trae como resultante de la tensión entre norma y realidad la conclusión de que si, teórica y progra-

máticamente, se admite y respeta hoy como un verdadero dogma el de la independencia del Poder judicial, se vacila mucho al traducirlo en realidades prácticas. A los peligros de las tendencias políticas hay que añadir la intromisión de la llamada justicia *popular*.

Pero no es el aspecto político el principal, ya que la institución de la Justicia ha de moverse en el terreno jurídico. De ahí que las crisis de las ideologías y de los regímenes políticos dejen siempre en pie la cuestión. Jurídicamente, el sentido de la independencia judicial—fundado no tanto en beneficio del juez como del justiciable—consiste en una triple posición del juez: frente a los poderes políticos o fuerzas sociales, frente a las partes y frente a las llamadas autoridades jurídicas (doctrina, precedentes, jurisprudencia, práctica, etcétera). El primero de los aspectos es el que tiene más importancia. Según él, el juez, ha de atenerse a la ley y a sus propias concepciones jurídicas: la tarea de juzgar entraña un razonamiento lógico y una decisión que termine con la ambigüedad en el litigio. Claro está que esta posición trae como consecuencia deberes: sumisión del juez a la ley y sustracción a toda influencia política. Y una serie de garantías que la fortifiquen: la primera será la propia conciencia del juez y las demás, de tipo externo, neutralidad y selección técnica en el ingreso, ascensos y provisión de vacantes, inamovilidad, autogobierno de la magistratura y remuneración holgada de los jueces.

Entrando en el estudio del problema en España, destacan por una parte la honda raigambre histórica del principio y su consagración legal en los textos constitucionales, y por otra, la falta de traducción real de estas declaraciones. La actual organización judicial española asegura la satisfacción de casi todos los postulados esenciales para el funcionamiento independiente de los Tribunales de justicia: ingreso por oposición, ascenso por escalafón, inamovilidad, incompatibilidades, Inspección de Tribunales, etc. Pero pueden señalarse todavía vías de perfeccionamiento.

«Se ha pedido así, como solución total y radicalísima, la instauración de un régimen de justicia-poder, de un auténtico poder judicial que permita el completo automatismo de la función juzgadora (la carrera judicial para los funcionarios judiciales), y que actuaría representando en su punto supremo por un justicia mayor, que rememorase la tradición del justiciazgo aragonés, o por una Junta Suprema, elegida de entre todos los miembros de la carrera, con algunos vocales que representasen al Ministerio público y al Secretariado, o sencillamente por el presidente del Tribunal Supremo, nombrado directamente por el Jefe del Estado, sin firma conjunta de ministro responsable.

En este mismo sentido se orienta la petición que se ha hecho del Fuero de la Justicia, anhelado como definitiva conquista del Derecho constitucional español».

En un plano más modesto se postula: una mejor dotación, prohibición de ostentar cargos públicos, retorno al antiguo principio de la unidad jurisdiccional, etc. Dichas soluciones exigen un buen material humano: buenos jueces, jueces cabales. «Demos un alma al Cuerpo judicial, hagamos que surja en nuestros magistrados una plena y perfecta conciencia judicial y todo lo demás se nos dará por añadidura.»

Bosquejo histórico y fuentes del Derecho civil de Baleares

Con este título pronunció en Menorca una interesantísima conferencia el letrado del Ilustre Colegio de Baleares don Luis Pascual y González, anticipo, sin duda, de lo que iba a constituir la materia de su reciente publicación *Derecho Civil de Mallorca*, de la cual se dará cuenta en la sección bibliográfica del próximo número.

El tema central de su disertación lo constituyó el problema de las fuentes en Baleares, tan discutido, y en el cual tantas opiniones contradictorias se han dejado oír. Estudia los tiempos prehistóricos, el imperio romano de occidente, la dominación vándala, la dominación romano bizantina, la dominación musulmana, que tanta influencia tuvo en las islas Baleares; la reconquista cristiana, deteniéndose especialmente en el Derecho balear después de la Reconquista, que olvide en los siguientes períodos: Primero, desde la Conquista, o más propiamente, desde la Carta Puebla, hasta el año 1439, en que Alfonso V, *el Magnánimo*, otorgó el Privilegio de Gaeta; segundo, desde esta fecha hasta 1571, en que se creó la Audiencia de Mallorca; tercero, desde 1571 hasta el Decreto de Nueva Planta, de 1715; cuarto, desde 1715 a la publicación del Código civil, y por último, desde esta fecha hasta nuestros días. Examina el Derecho vigente en cada uno de estos períodos, y rectifica una posición que en otro tiempo mantuvo, para llegar al estudio del estado actual y fuentes del Derecho de Baleares. Hace obligada referencia a los artículos 12 y 13 del Código civil, sin dejar de mencionar la interpretación jurisprudencial dada al artículo 13, considerando por su parte que este precepto exige, como el 12, para aplicar el Código, que esté en armonía con el Derecho foral y, por tanto, que no se oponga al mismo ni en su letra ni en su espíritu, ni desnaturalice instituciones jurídicas vigentes. Se inclina por la tendencia jurisprudencial manifestada en la asimilación de los artículos 12 y 13, estimando de estricta justicia la admisión de la vigencia del Derecho romano en Mallorca, que constituye su más antigua legislación propia. Acorde con su criterio, señala el orden de prelación de fuentes, en el que, por lo que hace al Derecho propio y privativo de Mallorca, lo estima constituido por: a) Derecho escrito, Carta Puebla, Privilegios, Ordenaciones, Pragmáticas, buenos usos y estilos; b) Costumbres jurídicas de vigencia probada; c) Derecho Romano Justiniano, como Derecho propio, en materia de sucesiones muy especialmente; asignando al Código civil la función de último Derecho supletorio en cuanto no se oponga a las disposiciones forales o consuetudinarias vigentes a su publicación.

J. H. C.

Registro civil de los Consulados de España en el extranjero

La Orden de 6 de octubre de 1951 (*Boletín Oficial* de 19 de octubre de 1951) preceptúa que los libros de las tres primeras secciones de los Registros civiles a cargo de los agentes diplomáticos y consulares serán preferentemente impresos, estableciéndose que los modelos a tener en cuenta para la confección

de los citados libros serán los que se señalaban en la Orden de 31 de marzo de 1951. La transcripción de las partidas remitidas por los agentes diplomáticos y consulares en el Registro civil a cargo de la Dirección general de los Registros no será preciso que se efectúe con copia material de los mismos, sino que bastará que las propias certificaciones se incorporen al Registro mediante diligencia suscrita por el jefe del mismo y por el funcionario que haga las veces de secretario, haciendo constar que quedan inscritos nombre, fecha y firmas.

J. H. C.

B) EXTRANJERAS

• Por ARTURO GALLARDO RUEDA,
Letrado del Ministerio de Justicia.

Convención Internacional sobre declaración de muerte de personas desaparecidas

Fecha en Lake Success, y firmada por los representantes de veinticinco Estados, la Convención de 6 de abril de 1950 hace relación a la declaración de fallecimiento de las personas cuya última residencia hubiese estado fijada en Europa, Asia o Africa, desaparecidas entre 1939 y 1945 a consecuencia de la guerra o de persecuciones raciales, religiosas, políticas o nacionales. Son competentes para hacer la declaración los Tribunales judiciales siguientes, por el orden excluyente que se citan: 1) El del último domicilio o residencia libres o forzados; 2) Los nacionales del desaparecido conforme a la legislación del Estado y, en defecto de otra norma, los de la capital de la nación; 3) El del lugar donde radicasen sus bienes, y 4) El del domicilio o residencia del familiar que solicita la declaración, o de la persona moral interesada en ella. Las circunstancias para que aquélla proceda son: A) Última residencia del desaparecido en los Continentes arriba citados; B) Desaparición entre 1939 y 1945; C) En circunstancias de guerra o persecuciones; D) Transcurso de un plazo mínimo de cinco años desde que se tuvieron noticias de que el desaparecido vivía; E) Publicidad suficiente del procedimiento a fin de que el presunto fallecido pueda tener noticia de él y hacerse presente. Están legitimados para instar la correspondiente actuación judicial: I) Las personas físicas o morales que, por título distinto del de acreedor, tengan derechos a la totalidad o parte de los bienes del ausente, por testamento o ab intestato; II) Los interesados en la rescisión de una partición afectada por la presunta muerte; III) Aquellos cuyo estatuto jurídico pueda resultar modificado por la existencia o el fallecimiento de la persona de que se trate, y IV) Quienes deseen adoptar a los hijos menores del desaparecido. Las declaraciones de fallecimiento pronunciadas por un Tribunal nacional de un Estado contratante hacen fe en los demás Estados, con presunción «*iuris tantum*» acerca de su veracidad. Las pronunciadas con efecto de cosa juzgada antes de entrar en vigor la Convención no quedarán afectadas por ella. Los Gobiernos firmantes o posteriormente adheridos quedan obligados a remitir

al Bureau International des Déclarations de décès de la Secretaria General de la ONU, noticia de las acordadas por sus organismos judiciales dentro de las normas del Tratado. La vigencia de éste en el tiempo se extiende a cinco años desde su entrada en vigor. Las adhesiones podrán tener carácter condicional, pero las reservas habrán de hacerse al suscribir la Convención.

El contrato de «amhars» en el Derecho consuetudinario bereber

El comandante Denat viene publicando en la «Revue Marocaine de Droit» una serie de sugestivas notas en que se exponen instituciones del Derecho consuetudinario bereber. La que hoy resumimos reviste una especial curiosidad, si bien está afectada de falta de concreción en cuanto a muchos detalles de la institución a que se refiere. Posiblemente el autor no es jurista, aunque sí un notable escritor apasionado por las cuestiones marroquíes, que vive directamente.

Parece ser que, como consecuencia de las guerras civiles y exteriores, determinadas tribus de la zona de influencia francesa en Marruecos—singularmente el grupo étnico Ishkern—sufrieron grandes pérdidas de hombres aptos para el trabajo. Ello determinó la necesidad de atraer a los de otras, rehabilitándose con este fin el contrato comentado.

«Amhars» significa originariamente algo como empleado agrícola que presta su trabajo durante cierto número de años, haciéndose dueño, al cabo de éstos, de una cierta parte de los bienes—por lo general muebles o semovientes—de su empleador. Sin embargo, no es ésta su verdadera fisonomía actual. Aquella locución proviene etimológicamente del verbo bereber «hars», que significa aproximar. El «amhars» es, a la vez que un empleado, un pariente «sub conditione», por extraña que parezca la expresión. Toma por esposa provisional a la hija o a la hermana del jefe de la familia, o a la mujer que ejerce por sí misma esa jefatura; hasta el cumplimiento del plazo previsto en el contrato, esta convivencia marital no constituye matrimonio legal, y los hijos habidos en ese período están sujetos a la exclusiva potestad de la madre. El vínculo contractual se perfecciona entre el padre o hermano y el «amhars», sin necesidad del consentimiento de la hija o hermana, a menos que sea ella quien ejerza la jefatura familiar, en cuyo caso conviene personalmente este complejo contrato laboral-familiar. El plazo pactado suele ser de dos a ocho años; debe proveerse un salario para el «amhars», que sólo percibirá en el supuesto de que una de las partes rompa el vínculo antes de cumplirse aquél; asimismo debe especificarse al celebrarlo la participación que el marido-empleado tendrá en los bienes del jefe de la familia a la extinción del indicado plazo, subsistente el vínculo, y que suele ser la cuarta o la quinta parte de los muebles o semovientes adquiridos en el tiempo pactado; y, finalmente, se estipula también el importe de la dote que, al fin del contrato, debe aquél entregar a su esposa para ser considerado legalmente como verdadero y definitivo marido.

El contrato se extingue por cumplimiento, recibiendo el «amhars» su participación de bienes y retirándose con su esposa e hijos a un nuevo hogar; por resolución unilateral de aquél, cumplido el plazo previsto, sin que la asociación familiar llegue a consolidarse en un matrimonio válido, en cuyo caso recibe tam-

bién su participación si tal es la voluntad de la esposa; no mediando el consentimiento de ésta, sólo recibe el importe de su salario durante los años que trabajó; y por resolución, antes del cumplimiento del término pactado, recibiendo también en este supuesto, y, únicamente, su salario.

Los hijos sólo pueden ser llevados por el padre a su tribu de origen cuando expresamente se convino o cuando cuente con autorización de la de la madre; sin embargo, si aquél fué expulsado antes del cumplimiento del término pactado, sus hijos pueden seguirle cuando sea llegada su mayor edad.

La situación del «amhars» parece haber sido considerada durante muchos años por los propios bereberes como humillante; era un doméstico, en tanto que las profesiones viriles eran las de guerrero o bandido; sin embargo, la paz vigente en aquellos territorios, al tiempo que ha extendido considerablemente la institución, la ha elevado en la consideración de las gentes.

La propiedad «fiscal» en Argentina

En la denominación legal de tierras fiscales incluye el legislador argentino los inmuebles improductivos de dominio público o de propiedad privada del Estado, susceptibles de ser destinados a servicios públicos o al fomento de la riqueza nacional. Consideraciones sociales y jurídicas, a la vez que económicas, han decidido al Gobierno a obtener la puesta en vigor de la ley de 29 de septiembre del pasado año, que en cincuenta y dos artículos acomete el problema total de la distribución de ese patrimonio inmueble en arrendamiento y en propiedad. Contiene su artículo primero una declaración de principios del más generoso tenor: «El Poder ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Agricultura, promoverá el cumplimiento de la función social de la tierra fiscal, mediante su arrendamiento y enajenación en forma progresiva y orgánica, a favor de los auténticos trabajadores del campo». La filiación social del sistema que se implanta resulta así: «Declarase norma fundamentada para la intervención y aplicación de esta Ley el concepto de que la tierra no debe constituir un bien de renta, sino un instrumento de trabajo». A fin de cederla en arrendamiento o en concesión, la tierra fiscal se divide en lotes que constituyan por sí mismos «unidades económicas de explotación», entendiéndose por tales «todo predio que, por su superficie, calidad, situación y demás condiciones, racionalmente trabajado por una familia agraria que aporte la mayor parte del trabajo necesario, permita subvenir a sus necesidades y a una evolución favorable de la empresa». No pueden ser concesionarias ni arrendatarias de tierras fiscales las sociedades mercantiles ni los declarados «pobladores indeseables». La «concesión en venta» supone, en realidad, una cesión de uso y disfrute con opción de compra, que, previo cumplimiento de ciertos requisitos legales y de productividad y el transcurso de un plazo, consolida el dominio pleno en el concesionario. El incumplimiento de aquéllos da lugar a su resolución. Entre sus obligaciones figuran la del cultivo personal y directo, introducción de mejoras y prohibición de transmitir sus derechos sin autorización gubernativa expresa. Expedido el título dominical, procede el pago del precio en condiciones excepcionalmente favorables. Los actos de cesión o división en favor de no familiares del concesionario son nulos, y el escribano que los autorice incurre en sanción. El propietario puede designar, para caso de fallecimiento, la

persona (cónyuge u otro heredero) a quien deberá adjudicarse el predio, a fin de que continúe su explotación; en defecto de esta designación, los herederos los elegirán entre ellos por mayoría. No consiguiéndose ésta, la elección será efectuada por el Poder ejecutivo. Los que no resulten adjudicatarios conservan un derecho de crédito, por su respectiva porción hereditaria en la finca, contra quien lo sea. En defecto de titular continuador, el predio vuelve al dominio fiscal del Estado.

Con ligeras variantes se regula el arrendamiento simple que, sin embargo, puede determinar también, y previos ciertos requisitos, una opción de compra.

El sistema adoptado por el Estado argentino recuerda en muchas de sus características el de nuestros Ley de 1948 y Decreto de 1949 sobre régimen de la propiedad inmueble en Guinea y territorios del Africa occidental española.

Reforma del Derecho de familia en Cuba

Por Ley de 20 de diciembre de 1950 se reforman los arts. 57 y 154 del Código civil vigente y se dictan preceptos complementarios encaminados todos a ampliar la capacidad jurídica de la mujer casada.

Las nuevas disposiciones pueden sintetizarse así: Los esposos deben protegerse mutuamente y guardarse las consideraciones debidas; el padre y la madre, conjuntamente, o el que de ellos sobreviva, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; a ambos corresponden los mismos derechos y obligaciones en punto a autoridad paterna y su consentimiento conjunto será necesario para los actos de administración y dominio sobre los bienes de los hijos; en caso de divorcio, la sentencia resolverá a cuál de los cónyuges se atribuye la patria potestad; la capacidad de los esposos menores de dieciocho años se completará en la forma que dispone el artículo 59 del C. c.; la mujer podrá formar parte del Consejo de Familia; los cónyuges son administradores de la sociedad de gananciales, salvo estipulación en contrario o renuncia; los actos de administración pueden realizarse indistintamente por cualquiera de los esposos, pero para los dominicales obrarán conjuntamente; los conflictos de opinión sobre atribuciones incluidas en la patria potestad o en la administración del patrimonio familiar se someten a la autoridad dirimente del Juez; la mujer casada puede ejercer el comercio sin licencia marital; y, en general, se deroga toda disposición limitativa de la capacidad de la esposa que sea contraria al principio de igualdad jurídica de los sexos.

No parece oportuno en una escueta nota informativa formular juicios de valor sobre la reforma operada en el Derecho civil familiar cubano, que evidentemente no puede atribuirse sino a razones de necesidad impuestas por el tráfico jurídico moderno. El principio de unidad de dirección de la familia no resulta quebrantado por normas como las de la Ley cubana que comentamos, que cuentan con gran tradición en ciertos ordenamientos europeos y americanos. Las condiciones sociales que determinaron históricamente las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada puede decirse que han desaparecido o se han transformado tan absolutamente como para que aquéllas puedan calificarse de intempestivas. Subsiste, especialmente en las fricciones de criterio sobre autoridad paterna, la grave dificultad de hallar una superior a los propios cónyuges que dirima aquéllas; la

solución judicial tiene inconvenientes entre los que figuran la especial naturaleza de las relaciones familiares en la divisoria entre lo jurídico y lo ético; tal vez la de una especie de Consejo de Familia sería adecuada, aunque no se nos oculta tampoco su complejidad.

La naturalización en El Ecuador

La Ley de Extranjería de 20 de febrero de 1947 dejó vigentes las disposiciones de la de 7 de noviembre de 1940 en cuanto a naturalización de extranjeros, cuyos preceptos fueron complementados por el Reglamento de 29 de enero de 1941. Este último es ahora derogado y sustituido por el de 14 de junio de 1950, que extractamos a continuación.

Son admitidos a solicitar la nacionalidad ecuatoriana todos los extranjeros sin distinción que reúnan las condiciones siguientes: 1) Ser legalmente capaces conforme a su estatuto personal y a las leyes ecuatorianas. 2) Poseer patrimonio, industria y profesión lícitas que le permitan vivir independientemente. 3) Haber residido permanentemente en el país cinco años. 4) Observar en ese tiempo buena conducta. 5) Hablar y escribir correctamente el castellano y tener conocimiento general de la Historia y Geografía nacionales, así como de la Constitución de la República. 6) Probar con certificación del Cónsul o agente respectivo que, por el hecho de naturalizarse ecuatoriano, el solicitante pierde su nacionalidad anterior. En defecto de esta certificación se admite cualquier otra prueba.

Nunca un extranjero naturalizado ecuatoriano puede tener doble nacionalidad.

La mujer extranjera, cónyuge de un extranjero que solicite la naturalización, puede hacerlo conjuntamente con su marido, pero las Cartas que se expidan serán individuales.

La mujer extranjera casada con ecuatoriano puede adquirir la nacionalidad del marido por declaración hecha en el acta matrimonial con renuncia de toda otra ciudadanía anterior, o posteriormente solicitando Carta de naturalización.

Los hijos menores de un extranjero que se naturalice ecuatoriano podrán adquirir también al mismo tiempo esta ciudadanía, si así se pide expresamente, sin perjuicio de su derecho de optar por su nacionalidad de origen al cumplir dieciocho años.

Las solicitudes de naturalización habrán de formularse al Ministerio de Relaciones Exteriores, quien expide la Carta previo informe de la Dirección General de Inmigración y Extranjería y con el visto bueno del Jefe del Estado. No adquiere ésta validez hasta que el concesionario presta juramento de renuncia a su nacionalidad anterior y fidelidad a la nueva Patria. La naturalización debe ser comunicada al Gobierno del país a que perteneció el naturalizado.

La Carta puede ser cancelada si se obtuvo con fraude de la Ley, si el naturalizado se convierte, a juicio del Ministerio de Gobierno, en elemento de inquietud moral, social o política, y si se ausentare de la República por más de cuatro años ininterrumpidos por causa distinta de fuerza mayor justificada.

El ecuatoriano que se nacionalice en otro país pierde aquella ciudadanía. También la pierden su esposa e hijos menores si por la naturalización del padre adquiere la nacionalidad extranjera, pero conservan el derecho de recobrarla al término del matrimonio o al llegar a la mayor edad.

El divorcio en la República dominicana

La Ley de Divorcio de 21 de mayo de 1937 ha sido modificada por la de 31 de diciembre de 1950. Según la nueva redacción, las causas de aquél pueden ser: a) El mutuo disenso. b) La incompatibilidad de caracteres justificada por hechos graves, y determinante de la infelicidad de los esposos y de perturbación social a juicio del Tribunal. c) La ausencia declarada conforme al Código civil. d) El adulterio de cualquiera de los cónyuges. e) La condena de uno de los esposos a una «pena criminal», salvo que fuere impuesta por razón de delito político. f) Las sevicias o injurias graves. g) El abandono voluntario del hogar sin reintegrarse a él en el plazo de dos años, y h) La embriaguez habitual o el uso habitual «o inmoderado» de drogas estupefacientes.

No obstante, se substanciarán conforme a la Ley de 1937 los procedimientos ya iniciados por causa de incompatibilidad de caracteres y por no procreación de hijos durante los cinco años siguientes a la celebración del matrimonio.

El esposo culpable del divorcio por causas d), e), f), g) y h) pierde todo lo que hubiere recibido por contrato celebrado al tiempo del matrimonio o durante éste.

II. DICTAMENES

Dictámenes sobre competencia de los Tribunales españoles en juicio de alimentos provisionales entre extranjeros (1)

ANTECEDENTES.—Don A., de nacionalidad marroquí, contrae matrimonio con doña B., de nacionalidad francesa. El domicilio de los cónyuges se hallaba en las Islas Canarias. Con motivo de haber llegado a conocimiento del esposo el adulterio cometido por su cónyuge, la expulsó del domicilio conyugal, no sin que ésta, en carta legalizada por ella misma, ante el Consulado francés, reconociera su falta. Espontáneamente el marido la concedió en concepto de alimentos la suma de 3.000 pesetas mensuales; con mucha frecuencia escribía a su esposo solicitando su perdón, preparando al mismo tiempo una demanda de divorcio acusando a su marido de adulterio ante el Tribunal Mixto de Tánger, por lo cual este último se anticipó presentando la suya.

El Tribunal Mixto de Tánger se declaró incompetente en virtud de la nacionalidad marroquí del demandante, alegando el artículo 9.º del Código sobre la condición civil de extranjería, y como la demanda reconviniera por adulterio al marido y solicitara además 30.000 pesetas mensuales de alimentos provisionales, se declaró también incompetente para admitirla, dejándola libre a

(1) Remitido del Bufete de los Letrados del Ilustre Colegio de Madrid, don Antonio de Luna García y don Juan Hernández Canut.

la esposa, dada su nacionalidad francesa, para ejercitar su «petitum» en la vía principal, cosa que ya había hecho ésta, solicitando el previo acto de conciliación de divorcio, por adulterio, alimentos y liquidación de sociedad conyugal.

Intentada la conciliación sin avenencia, el Tribunal Mixto de Tánger fijó la cuantía de alimentos provisionales en 4.000 pesetas y autorizó a la esposa para entablar la acción en cuanto al fondo. No obstante ello, esta última, entre tanto, se había querellado de adulterio contra su esposo ante el Juzgado de Las Palmas, demandándole también alimentos provisionales.

La cuestión, por lo tanto, queda centrada en determinar si es competente en un nuevo juicio de alimentos provisionales el Juzgado de Las Palmas, después de haberse fijado ésta por el Tribunal Mixto de Tánger, en procedimiento incoado a instancia de la esposa.

El problema ofrece dificultades para su resolución; por ello es necesario examinarlo en sus diversos aspectos.

PRIMERO.- Carácter de la demanda de alimentos provisionales.

El deber de prestar alimentos deriva inmediatamente de una relación jurídica principal; en el caso que nos ocupa, de la matrimonial, pues es uno de los deberes que nacen del matrimonio (art. 143, 1.º, del Código civil, que se deriva del 56, como lo demuestran los arts. 68 y 73 del mismo cuerpo legal). Serán aplicables, por tanto, las mismas normas legislativas que deban serlo a las relaciones matrimoniales, personales o patrimoniales (art. 9.º del Código civil). Se trata, pues, de una cuestión dependiente y derivada del estado de la persona. El interés que esta observación tiene es que, normalmente, la jurisdicción de los Tribunales sobre alimentos entre cónyuges, será la misma que la jurisdicción que tengan sobre las relaciones matrimoniales. Esto supone que, previamente, se haya de examinar cuál sea la jurisdicción de los Tribunales españoles sobre las cuestiones suscitadas entre extranjeros acerca del estado civil y derechos y deberes que éste origina.

SEGUNDO.- Carencia de jurisdicción de los Tribunales españoles en cuestiones de estado entre extranjeros.

Durante mucho tiempo, y en todos los países, se ha considerado regla general que los Tribunales nacionales carecen de jurisdicción en las cuestiones entre extranjeros: modernamente, son tantas las excepciones admitidas respecto a la regla general, que se ha llegado a decir que «de hecho viene a ser el principio, la competencia, y la excepción, la negación de ella» (Trias, párr. 218, página 212), y que la «vieja regla» ha quedado «completamente perimée» (Poutraud, *Journal Clunet*, 1926, pág. 949). Pero en todo caso, con la excepción que se señalara, se ha entendido unánimemente que los Tribunales nacionales no eran competentes en las demandas relativas al estado civil, a los derechos derivados de él, respecto a las que habría que aplicar Derecho extranjero (salvo la intervención del orden público) (Trias, párr. 223, pág. 12). En Francia, A. Cour de Paris 9 abril 1903, *Dalloz*, 1904, II, 273; A. Cour de Cassation 10 noviembre 1920, *Dalloz*, 1925, I, 127. En España esta solución parecía,

además, indiscutible, dados los términos del R. D. de Extranjería. Recientemente se han sustentado opiniones contrarias que se hace preciso examinar.

Werner Goldschmidt ha venido a oponer la que llama teoría moderna, a la tradicional, negando la vigencia del R. D. de 1852, fundándose en que ha sido derogado por el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en combinación con el artículo 2.182 del mismo cuerpo legal, o por el artículo 27 del Código civil, y que así lo entienden algunas sentencias del Tribunal Supremo (Sistema II, pág. 352). Esta teoría no es convincente por las siguientes consideraciones:

1.ª) Que el artículo 51 de nuestra Ley Rituaria, al decir que la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer en los negocios que se susciten en territorio español entre españoles, *entre extranjeros* y entre españoles y extranjeros, se refiere sólo a la desaparición de los antiguos Tribunales para extranjeros y al Fuero sobre extranjería; el artículo 2.182 de la Ley de Enjuiciamiento civil deroga todas las Leyes, Reales Decretos, Reglamentos, Ordenes y Fueros en que se han dictado reglas para el Enjuiciamiento civil, pero exceptúa las reglas de las «demás leyes especiales». Que entre estas leyes especiales está el R. D. de Extranjería parece cierto, por la especial referencia contenida en el artículo 70 de nuestra Ley Rituaria, al decir que las reglas de competencia comprenderán a los extranjeros que demanden a otros extranjeros «cuando proceda que conozca la jurisdicción española con arreglo a las leyes del Reino y a los Tratados con otras potencias». Goldschmidt cree que con la frase: «Leyes del Reino» se refiere sólo a los artículos 51, 56 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil (id., págs. 352-353); pero ello es insostenible, tanto por la interpretación literal («leyes», otras leyes, no artículos de la misma ley) como por el sentido de la disposición, que se refiere a la posibilidad de que no proceda conozca la jurisdicción española y que, por tanto, no se puedan aplicar las reglas de competencia, esto es, precisamente los artículos 51, 56 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil.

2.ª) La jurisprudencia no dice lo afirmado por Goldschmidt. Es cierto sólo que la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1915 dice ~~con~~ estimándose en vigor las disposiciones del R. D. de 17 de noviembre de 1852 que se citan en el tercer motivo, por admitir que no se oponen al artículo 51 de la Ley Procesal antes mencionado ni a los demás preceptos que abolieron el fuero de extranjería. ni a los que invoca el fallo recurrido, siempre resultaría...»; pero esta forma dubitativa no significa en el lenguaje usual del Tribunal Supremo una duda sobre la vigencia del R. D., sino que no considera necesario entrar a valorar las contrapuestas afirmaciones de la Sala (negativa de la vigencia) y del recurrente (afirmativa), por entender que por otras razones puede evitarse la casación, o implícitamente que no basta o no es convincente o decisivo el aserto de la Sala de instancia de la derogación del R. D. Y confirma lo dicho, el que en el mismo considerando se añade: «aparte de que la obligación sobre cuyo cumplimiento versa la litis, fué contraída a favor de un súbdito español y por tanto *puede exigirse* su cumplimiento en España: caso comprendido por analogía en el R. D. citado»; o sea *que se argumenta basándose en la vigencia del R. D. discutido*. Cita Goldschmidt como sentencias en las que se aplica la Ley de Enjuiciamiento civil sin mencionarse al

Decreto (admisión tácita de la derogación) a las de 17 de enero de 1912 y 24 de noviembre de 1928 (id., pág. 352); pero en la sentencia de 24 de noviembre de 1928 no se podía citar ni aplicar el R. D., porque se trataba de una cuestión de competencia sobre los Juzgados de Bilbao y Málaga y no se planteó, como era natural, la cuestión de jurisdicción extranjera; la sentencia de 17 de enero de 1912 no menciona ciertamente al R. D., pero hace algo más significativo, aplica sus preceptos, al decir: «que por haberse contraído el crédito del recurrente en España, ser éste de carácter personal, y principalmente por gozar el propio recurrente la cualidad de español, no puede invocar la jurisdicción de los Tribunales extranjeros» (o sea que podría, en otro caso, en las hipótesis del R. D.); las otras sentencias aludidas por Goldschmidt (27 de enero de 1933, 21 de febrero de 1935) no interesan, porque en ellas no se plantearon cuestiones de competencia o jurisdicción, jugando por tanto el principio de sumisión a los Tribunales españoles.

3.ª) Que el R. D. de extranjería contiene varios tipos de reglas, de Derecho administrativo, organización de Tribunales y de Derecho propio de extranjería; el artículo 27 del Código civil dice que los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden a los españoles, principio general que no choca con la dispuesto en el Derecho de Extranjería, como tampoco contradice los preceptos especiales del mismo Código civil (arts. 91, 237 y 13), del Código de comercio (arts. 15 y 21), y menos que ningunos otros los de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre jurisdicción de los Tribunales, por no tratarse precisamente de derechos civiles. Cuando el Decreto de Extranjería establece limitaciones a la jurisdicción de los Tribunales españoles toca indirectamente al goce de los derechos civiles sólo si se admitiese la anticuada doctrina de que el ejercicio de las acciones ante los Tribunales pertenece al campo del Derecho civil; pero aun en este caso, se hace en favor del extranjero, como un privilegio, pues los extranjeros, si quieren, pueden someterse a Tribunal español.

4.ª) Que la doctrina, jurisprudencia (Sentencias del T. S. de 15 de noviembre de 1898 y de 17 de octubre de 1901) y la opinión común de los autores (Trias, loc. cit.; Guasp, I, págs. 292 y sigs.; Prieto Castro, I, pág. 84) admite la vigencia actual del R. D. de 1852.

Guasp, en otro sentido, exagera en su reacción contra la vieja regla de que lo general es el defecto de jurisdicción de los Tribunales españoles; pues partiendo del hecho de que el extranjero demandante, al demandar, se ha sometido a los Tribunales españoles, concluye que no hay razón para considerar al extranjero demandado menos sujeto a los órganos de la jurisdicción española, que en el caso de que el demandante sea español (I, pág. 294). La razón está en que no ve que la exención señalada se considera un privilegio propio de la condición de la extranjería, y que sólo se rompe—conforme a «los principios del Derecho público» a que se refiere la Exposición de Motivos—cuando interviene un español. Así lo dispone de modo inequívoco el artículo 29 del Decreto al decir que «los extranjeros están sujetos... a los Tribunales de España... para el cumplimiento de las obligaciones que contraigan en España... o fuera de España, siempre que sean a favor de súbditos españoles»; del mismo modo el artículo 33 considera también excepcional la intervención de los

jueces españoles en los negocios entre extranjeros. Más claro aún, si es posible, es el pensamiento del legislador en la Ley de 9 de mayo y 4 de julio de 1870 sobre extranjería en las provincias de Ultramar que, como es sabido, reproduce, aclarándolas, las disposiciones del Decreto de 1852 (por lo que se utiliza como medio para interpretar éste); que en su artículo 43 dice: «Los Tribunales españoles serán también competentes y deberán conocer de las demandas entre extranjeros que ante ellos se entablen y que versen sobre obligaciones contraídas o cumplidoras en España.» Y en el 46: «En los demás negocios sobre extranjeros o contra extranjeros, los Tribunales españoles sólo serán competentes para adoptar medidas urgentes y provisionales de precaución y seguridad.»

Por tanto, aun admitiendo que el R. D. de 1852, interpretado ampliamente, extiende la jurisdicción de los Tribunales españoles sobre extranjeros tanto que de hecho deja de ser la regla general la falta de jurisdicción sobre ellos (Trias y Guasp, loc. cit.), no se puede negar que por amplio que sea el uso hecho de la analogía, el legislador español entiende que la regla general es la de liberar a los extranjeros de la jurisdicción española, *por lo que no es posible—excepto en caso de voluntaria sumisión de ambas partes—imponer esta jurisdicción a un extranjero, cuando se trate de una cuestión con otro extranjero y que no tiene ningún punto de conexión con España ni con los españoles.*

Puede, pues, asegurarse con absoluta seguridad que las obligaciones resultantes de un matrimonio de extranjeros, contraído en el extranjero, no caen bajo la jurisdicción de los Tribunales españoles, máxime cuando dicho matrimonio, por no ser católicos los contrayentes, no adoptó la forma canónica, a no ser por sumisión de ambas partes o en los casos excepcionales que después señalaremos.

TERCERO.—Excepciones a la regla anterior.

En la ley no tiene excepciones la regla antes formulada, pero si en la doctrina. La acción pidiendo alimentos provisionales, como nacida de la equidad natural (Plaza, II, pág. 83), y porque, si no es atendida por el Tribunal nacional, se podría poner en peligro la misma vida de la persona necesitada (Weiss, *Droit international privé*, 2.ª ed., V, págs. 338 y sigs.). Se ha entendido que este caso debería tener una consideración especialísima. Pero debe añadirse que *como excepción a la regla general, ha de estar cumplidamente justificado que existe efectivamente tal peligro y que la acción intentada es el único medio de obtener los alimentos. En el caso de consulta tales circunstancias, en especial la última, no se dan, pues la demandante tiene ya a su favor una acción a los alimentos, derivada de la sentencia de Tánger.*

Otra excepción, basada también en la equidad, es la de haberse considerado que «es una consecuencia lógica de la negativa de cumplimiento en España de una sentencia extranjera, el que se administre justicia que se pida a los Tribunales españoles, a quien de otra suerte no puede hacer efectivos sus derechos» (Sentencia del T. S. de 15 de noviembre de 1898).

Adviértase que esta excepción tampoco puede aplicarse al caso examinado, pues no se ha ejercitado la acción derivada de la sentencia de Tánger, privada ni judicialmente, y hasta se ha ocultado su existencia.

Por ultimo, puede advertirse que en alguna sentencia del Tribunal Supremo se ha hecho uso del principio de reciprocidad, entendiéndolo como verdadera retorsión (sentencias de 10 de febrero de 1915 y 27 de enero de 1933), y que se ha aplicado a la jurisdicción española basándose en que el artículo 14 del Código civil francés impone siempre la jurisdicción de los Tribunales franceses al extranjero cuando la contienda es con un francés (sentencia de 10 de febrero de 1915). Mas debe advertirse, primeramente, que la retorsión no está admitida en nuestro derecho, repugnando a la doctrina internacionalista dominante, y, en segundo lugar, que el derecho francés—que en este punto no difiere del español—no impone la jurisdicción francesa en los litigios entre extranjeros, como ocurre en el caso de consulta, y, en fin, que se trata de un súbdito marroquí, sometido a especiales y distintas disposiciones respecto a su matrimonio, y que en cambio—como ya se ha señalado—la jurisprudencia francesa niega la jurisdicción de los Tribunales franceses en las cuestiones de estado y sus derivaciones suscitadas entre extranjeros.

CUARTA.—*La sentencia de Tánger.*

Gran importancia tiene la sentencia del Tribunal Mixto de Tánger sobre alimentos provisionales, dictada a consecuencia de acción ejercitada por la esposa ahora demandante en Las Palmas y por ella consentida.

Ha de advertirse, ante todo, que no puede decirse con precisión técnica y eficacia jurídica que por los hechos referidos haya habido prórroga en favor de la jurisdicción del Tribunal tangerino y renuncia a la de los Tribunales españoles, pues de una parte el Tribunal tangerino o los Tribunales del Marruecos francés son a los que corresponde el conocimiento del pleito, y de otra, que si correspondiera la jurisdicción a un Tribunal español no podría ser renunciada en favor de un extranjero (sentencia del Tribunal Supremo, 20 de noviembre de 1894). Tampoco tiene la sentencia referida valor de cosa juzgada, por tratarse de un pleito sobre alimentos provisionales (art. 1.617, ley de Enjuiciamiento civil).

Ello no obstante, la sentencia del Tribunal Mixto tiene decisiva importancia, ya que la sumisión de la ahora demandante a la jurisdicción de dicho Tribunal y su consentimiento a su sentencia excluyen la jurisdicción del Juzgado de Las Palmas sobre la misma cuestión. Bastará recordar lo antes dicho. El Juzgado español, en materia de alimentos provisionales suscitada entre extranjeros, casados en el extranjero, carece de jurisdicción, excepto en circunstancias especialísimas—las excepciones antes señaladas—, y que aquí no se dan. De modo que el Tribunal español carece de jurisdicción por haber juzgado ya el Tribunal extranjero al que se sometieron ambos litigantes. *Pues si no se puede hablar de prórroga eficaz de la jurisdicción en favor del Tribunal extranjero incompetente, es permitida y eficaz la sumisión de los extranjeros a Tribunales extranjeros competentes* (art. 54 de nuestra ley rituaría), del mismo modo como los españoles pueden someterse a los Tribunales españoles sobre cuestiones incluso originadas en el extranjero (sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de mayo de 1870). *Sumisión lícita y eficaz, y que la demandante no puede contradecir, porque a nadie le está permitido ir contra sus propios actos* (sentencias

del Tribunal Supremo, 17 de junio de 1920, 14 de abril de 1921, 29 de diciembre de 1928, 30 de diciembre de 1929, 19 de junio de 1933, entre otras).

Se ha dicho antes que la sentencia firme que recaiga en pleito sobre alimentos provisionales no produce excepción de cosa juzgada (art. 1.617 de la ley de Enjuiciamiento civil), pero no hay duda de su eficacia procesal: *ésta consiste en que no se puede suscitar un nuevo pleito sobre alimentos provisionales ante el mismo u otro Juzgado, pues lo que queda a salvo—como dice el citado artículo 1.617—es el derecho de las partes para promover el juicio plenario de alimentos definitivos*. Por tanto, firme y consentida la sentencia sobre alimentos provisionales, no cabe volver a plantear un nuevo pleito sobre los mismos, y sólo sería posible, en su caso, promover el plenario de alimentos definitivos. Esta solución, respecto a una sentencia extranjera, se impone, no sólo por el respeto a ella debido, sino por exigirlo la seriedad de la administración de justicia, *pues, en otro caso, se permitiría a los litigantes que, como los del caso de consulta, tienen residencia en diversos países, el ir de tribunal en tribunal a ver quién concede una cifra más elevada de alimentos provisionales, que es lo que precisamente pretende la esposa que, decepcionada de que el Tribunal Mixto de Tánger sólo le concediera 4.000 pesetas mensuales como alimentos provisionales—o sea nada más que 1.000 más de las que ya le pagaba espontáneamente su esposo, en lugar de las 30.000 que ella solicitaba, trata de probar mejor fortuna ante el Juzgado de Las Palmas*.

No se niega con lo expuesto la posibilidad de que la casada extranjera pudiera en algún caso acudir ante los Tribunales españoles, pero serían necesarias circunstancias distintas a las que se dan en el caso estudiado. Para que en él fuese factible se requerirían nuevo hechos, que habrían de ser la base de la demanda, a saber: la negativa probada del marido a cumplir la sentencia del Tribunal de Tánger y la prueba de que no es posible su ejecución en España. Hechos que aparecen contradichos tácitamente por el silencio que la demandante guarda sobre el procedimiento que ella misma entabló ante el Tribunal tangerino, reticencia que hace también sospechosa de mala fe a la nueva demanda ante el Juzgado de Las Palmas.

El examen de cuanto queda expuesto permite concluir que el Juzgado de Las Palmas no es competente en el juicio sobre alimentos provisionales entablado a instancia de doña B., por haberse ya dictado una sentencia sobre ello por el Tribunal Mixto de Tánger, sentencia consentida por el mismo demandante.

BIBLIOGRAFIA

Libros

BURDESE, Alberto: "Autorizzazione ad alienare in Diritto Romano".
Torino. Giappichelli, Editore, 1951; 92 páginas.

La Memoria LXXII del Instituto Jurídico de la Universidad de Turín está dedicada a un tema que, en sus distintas manifestaciones, preocupa hoy hondamente a la Ciencia Jurídica y atrae frecuentemente su atención. No es otro que el de la separación que, en el tráfico jurídico, puede mediar entre titularidad y poder de disposición. A una de las facetas, generalmente la más descuidada en el Derecho moderno, que la cuestión puede presentar, dedica el autor las páginas de su monografía: al estudio de la autorización para enajenar en el Derecho Romano.

A través del contenido de la obra, Burdese nos presenta un acertado desarrollo de la materia dividida en 4 capítulos, en los que se estudian las "fattispecie" que se recogen en las fuentes referentes a casos de autorización para enajenar.

En el capítulo I ("Legitimación para enajenar de los *non domini*", páginas 11-23) comienza señalando cómo en el Derecho Clásico, y a base principalmente de un texto de Gayo, puede decirse que la *proprietas* y el *ius alienandi* aparecen como separables e independientes. No van a ser objeto de su estudio las prohibiciones de disponer que pueden afectar al *dominus*, sino los casos en que el *non dominus* goza de facultades positivas sobre res aliena.

En cuanto al "curator" y al "tutor", como es sabido, es indudable su facultad de enajenar cosas de las personas bajo su potestad; pero como a éstos no sólo se les sustraía el ejercicio, sino incluso la titularidad misma de los derechos, resultaba que, al ser ésta atribuida al Curator o Tutor, no podía darse en ellos una disociación entre titularidad y capacidad de ejercicio del Derecho.

Señala las restricciones que pesaban sobre Tutor y Curador en lo referente a sus facultades alienatorias, para, a renglón seguido, referirse a la existencia de supuestos en los que una *traditio* con fines *traslativos* podía producir plenos efectos, aun verificada por un tercero, si mediaba una genérica o específica autorización del dueño de la cosa. Ello se estudia en los siguientes capítulos.

El capítulo II ("Enajenación del *Servus* y del *Filius*", págs. 25-36) nos presenta en primer lugar la figura del *servus actor* en su compleja situación jurídica. A continuación merecen la atención del autor ciertos pasajes de las Fuentes de los que puede deducirse: que en ciertos supuestos específicos goza el *servus actor* de legitimación para enajenar, que la regulación de los mismos no es aplicable a otros casos, que es dudoso si

podría enajenar los frutos del predio por él administrado. Configura al *servus actor* como "nuntius", y pone de manifiesto el mayor alcance que hubo, poco a poco, de atribuirse a la "praepositio institoria" y al "iussum".

Termina el capítulo ocupándose de las facultades dispositivas del *servus* o del *filius*, cuando se trata de bienes que forman parte del peculio o cuando ha habido una autorización específica (*iussum*).

A la "Enajenación del Procurator" está dedicado el capítulo III (páginas 37-57). En él se individualiza la figura jurídica del procurator, sus relaciones con el dominus cuando era liberto y cuando dejó de serlo, y, por lo que a su actuación por cuenta de aquél se refiere, entiende Burdese que la relación entre dominus y terceros se engendraba por la *procuratoria praepositio*, mientras que la existente entre dominus y procurator era consecuencia del "negotia gessisse".

Estudia los límites de su legitimación para enajenar, y rebate a Bonfante y a Solazzi, que, en los textos al problema referentes ven variantes compilatorias, fruto de concepciones helenísticas. La revocación de la enajenación, las condiciones impuestas al procurator, la enajenación fraudulenta, etc., son también materia de este capítulo.

El capítulo IV ("Enajenación del madatario", págs. 57-87) es el más extenso, y quizá el más interesante de la monografía. Dogmáticamente es el más perfecto.

Estudia la doble construcción que en las Fuentes se da a la *traditio* traslativa efectuada por un tercero, mediando autorización del dominus: doble negocio de enajenación (uno entre dominus y mandatario y otro entre mandatario y adquirente), o único negocio complejo de mandato del dominus y de enajenación del mandatario. Para abreviar llama este negocio "traditio del mandatario", y de sus peculiaridades se ocupa en el capítulo que reseñamos: los requisitos personales para la enajenación, el juego del error, la *contemplatio domini*, los límites y terminación del mandato, etc., etc.

En base a los textos extraídos de las Fuentes, formula la regla general de que el mandatario no transfiere la propiedad, si en su actuación rebasa los límites impuestos por el mandante. Igual regla vale para la revocación y terminación del mandato.

Con lo dicho hasta aquí, hay más que suficiente para que quede delineado el contenido de la obra hemos reseñado. Sin grandes pretensiones, se trata de un trabajo ameno que sabe armonizar la sencillez y brevedad con el análisis detallista cuando las circunstancias lo requieren.

Sus páginas se cierran con un Índice de Autores y otro en que se recogen los pasajes de las Fuentes que cita el autor.

CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS: "Curso de conferencias de 1951 (sobre Derecho Inmobiliario Registral)". Madrid, VII + 159 págs.

Las conferencias que, organizadas por el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad se celebraron el año 1951 en el Salón de actos del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, se han recogido en este volumen al que puso prólogo el entonces Ministro de Justicia, Excmo. Sr. D. Raimundo Fernández Cuesta.

Si siempre es conveniente convertir las palabras de una conferencia en texto escrito—*verba volant, scripta manent*—, en esta ocasión la conjunción en un libro de siete conferencias que sólo tienen de común versar sobre Derecho Hipotecario, pero que no obedecen a un ciclo sobre un tema central, ni se pronunciaron en un orden preconcebido, permite, con la visión de conjunto y salvadas las diferencias de estilo y mentalidad de los autores, ver líneas de un pensamiento común entre los trabajos.

Las conferencias por el orden en que se insertan en el libro, orden que no es cronológico ni se advierte con qué criterio se estableció, son las siguientes: "Directrices iniciales y evolución posterior del régimen inmobiliario español", por Cirilo Genovés Amorós; "La tradición y el modo", por Rafael Ramos Folqués; "Contribución de la legislación hipotecaria a nuestro progreso jurídico", por Ramón de la Rica Arenal; "Las condiciones en el Registro de la Propiedad", por Enrique Giménez-Arnau; "Algunos problemas en torno a la posesión", por Antonio Hernández-Gil; "Imperfecciones hipotecarias", por Ramón María Roca Sastre; "El Registro de la Propiedad y la doctrina de la seguridad jurídica", por Arturo Gallardo Rueda.

Un resumen más o menos detallado de cada conferencia nos llevaría a repetir lo ya expuesto en otras secciones del ANUARIO en cada ocasión en que se pronunciaron (1). Es de notar, sobre todo, el entusiasmo y el convencimiento con que todos los autores estudian el Derecho Hipotecario. "La tendencia a fortalecerlo se acusa con singulares perfiles y desde los más diversos ángulos de visión", dice el Prólogo. Con este común denominador, lo que da unidad al libro es precisamente esa multiplicidad de objetos formales en la contemplación del Derecho Inmobiliario Registral, que favorece su visión completa y permite intentar, prescindiendo de referencias concretas a autores y páginas, la construcción de un sistema y una problemática de la colección.

De los siete trabajos, solamente uno y parte de otro son ejemplo de lo que puede ser en Derecho Hipotecario el estudio de una institución determinada. En los demás se abordan problemas que afectan al Derecho Hipotecario como tal. Está tratado el fundamento mismo del Registro, su razón de ser, en un estudio deductivo que incide contra el error de que el Registro sea una institución de protección de intereses meramente privados, para, situándolo en su verdadera función de defensa del orden

(1) Véanse las reseñas en el ANUARIO, tomo IV, fascículo I, pág. 172; fascículo II, página 599; fascículo III, pág. 1057.

público, extraer las consecuencias que derivan de esta naturaleza. El estudio inductivo del alcance de nuestra legislación hecho con claridad y método en el que se estudia lo que la Ley de 1861 quiso hacer y lo que en realidad hizo, para seguir con la evolución posterior y los resultados más o menos cercanos a aquel primitivo propósito. Este mismo estudio inserto en el tiempo y en el orden jurídico, con miras al pretérito y al futuro hipotecario y con visión global de todo el Derecho español. La consideración de nuestro sistema y su concreción legal con su sustantividad, con sus diferencias, con los errores que éstas producen y con la necesidad de preluir el Derecho hipotecario con el estudio del Derecho civil. Todo ello da nervio al libro y permite entresacar un conjunto de conclusiones que pueden exponerse así:

A) El Registro es un instrumento de defensa del orden público, y, por tanto, el Derecho Hipotecario es *ius cogens*. Por otra parte, el Derecho Hipotecario es Derecho civil, prescindiendo del texto legal en que cada norma se encuentre. Y una solución registral dada a un problema no prejuzga su solución civil, pues actúan otras razones de tipo predominantemente práctico que no alteran la entidad científica civil.

B) Nuestro sistema, que es uno de los más perfectos del mundo, tiene defectos, immanentes o extraños a su legislación peculiar, que producen errores en su estudio y en su aplicación. Estos defectos son perfectibles, dada la persistencia que se asegura a las instituciones hipotecarias, a la consideración de que el proceso evolutivo hipotecario español no ha terminado, y al propósito de desechar el temor a la ciencia y a la técnica en la consideración, *de lege condita* o *de lege ferenda*, de nuestro Derecho Hipotecario.

C) La solución legal de estos problemas inmobiliarios no puede reducirse a los textos hipotecarios meramente. Es necesaria una legislación unitaria en España con una coordinación armónica de todas las disposiciones que, desde diversos aspectos, atañen a cada institución y que distribuya bien el contenido de las materias en los textos legales pertinentes. La modificación legal es necesaria, pero está aun tierna la de 1946 para intentar de nuevo otra. Por otra parte basta la sistemática aplicación de la Ley, tal como actualmente se encuentra, para solucionar muchos de estos defectos.

D) Algunas soluciones concretas que, con estos principios, han de buscarse son: el carácter obligatorio de la inscripción que, por otra parte, se hará cada día más necesaria para no desvalorizar la propiedad; la eficacia civil plena y no sólo registral de la calificación; la modificación de la vieja teoría del título y el modo; establecimiento de un Registro de la propiedad mueble, especialmente el de automóviles; necesidad de un régimen catastral perfecto; tutela y regulación eficaz del pequeño crédito agrícola; renovación formal del Registro, etc...

Una edición tan atractiva y bien presentada tipográficamente debió cuidar un poco más las abundantes y, en ocasiones, fundamentales erratas.

DE CASSO ROMERO, Ignacio: "Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad". Cuarta edición. Madrid, 1951, 845 páginas.

Hay libros a los que podemos contemplar con toda objetividad porque frente a nuestra mente sustentan algo trascendente, que antes de asimilar hacemos pasar por el tamiz de nuestro sentido crítico, innato o cultivado. Pero hay libros que por haber llegado a nosotros en alguna etapa fundamental de nuestra formación han impreso su huella de modo que llegan a formar parte de nosotros mismos, porque sus ideas las hemos asimilado de modo que constituyen sustancia en el bagaje intelectual con que trabajamos. Esto ocurre con el libro de don Ignacio de Casso para los que, alumnos suyos en la Facultad de Derecho, aprendimos a deletrear las normas hipotecarias en sus páginas. Mas si la dificultad de la reseña existe en cuanto al libro, existe también en cuanto al autor por las dotes, de todos conocidas, en el profesor De Casso, y por el hecho de que el que esto escribe le tiene por maestro.

1. La llamada en nuestra Patria Legislación hipotecaria se ha reflejado en los planes de estudios de la Facultad de Derecho, primero, englobada en el Tratado de los Derechos reales, y a partir del Decreto de ordenación de la Facultad de 7 de julio de 1944, en el sexto cuatrimestre de la carrera. La complicación de la materia para las mentes ayunas en ella y en su técnica, el estilo un tanto sorprendente de la legislación inmobiliaria antes de familiarizarse con él y el estado normal de la preparación jurídica de los alumnos en este estadio de la Licenciatura, hacen necesario un exquisito cuidado en la exposición del Derecho hipotecario para hacerlo asequible a los estudiantes y para que quede en ellos su huella. Es decir, más que para que sepan recitar la Ley y el Reglamento hipotecarios, para que aprendan a pensar en Derecho hipotecario y tengan presente siempre la proyección de su pensamiento en su actuación posterior, científica o profesional.

El libro de don Ignacio de Casso está hecho con esas miras. En el prólogo de la tercera edición se hacía resaltar su finalidad de "orientación didáctica para quienes por primera vez se asoman al Derecho hipotecario". Es un libro del alumno, hecho con el cariño y la vocación docente que es indiscutible en el maestro de la Universidad de Madrid. La claridad, incluso la amenidad en la presentación de las cuestiones con buena y nítida prosa y cierto gracejo, consiguen atraer la atención del alumno y hacen del libro un auxiliar de extraordinario valor para la cátedra. Si se dice corrientemente que el peor libro es superior a los mejores apuntes, hay que pensar que la formación hipotecaria de los estudiantes españoles tiene un seguro de bondad, puesto que tiene un libro. Y ese libro es bueno.

El empeño no es fácil. La labor de síntesis es más difícil que "ponerlo todo", porque implica pensar en el objeto globalmente para discriminar lo accesorio de lo principal, establecer una jerarquía, sintetizar las ideas jerarquizadas y exponerlas de modo que la enjundia no dañe a la cla-

ridad. Todo ello supone una obra pensada y cuidadosamente estudiada. Si aun así sus páginas son muchas se debe a la extensión de la materia y al afán de presentar todos los problemas que plantea, dejando al margen solamente los carentes de interés, sobre todo los meramente funcionales del Registro.

En este sentido, el libro no es solamente didáctico además de completo, sino también formativo. Nuestros estudiantes se ven forzados, generalmente, a utilizar libros no hechos a su medida, sino escritos con miras a un público ya formado jurídicamente o trazados sobre la falsilla de un programa de oposiciones. Y ven cerrado su camino para su formación científica porque no entienden en unos casos, y en otros porque —por razones no didácticas— se cuida bien de ocultar la problemática. En este libro se consigue de una materia tan especializada como es el Derecho hipotecario componer una obra formativa. Que sugiere, que invita a pensar por propia cuenta y que apuntala estos balbuceos con una bibliografía abundante y bien seleccionada.

2. Pero el Derecho hipotecario del señor De Casso no es un libro con trascendencia meramente universitaria. La materia hipotecaria que tiene en España una literatura exuberante y magnífica, gracias al entusiasmo y solvencia de sus cultivadores, tiene también considerada globalmente una enorme ganga científicamente inutilizable. El hecho de que la Ley hipotecaria y su Reglamento incluyan en su texto normas civiles y procesales y la filiación civilista del Derecho hipotecario, hace que se confundan muchas veces los límites hasta donde debe llegar un estudio de Derecho hipotecario y se invada el Derecho civil tratando cuestiones que se deben dar ya por supuestas y solucionadas. En detrimento, la mayor parte de los casos, para el Derecho civil. Por otra parte, el carácter unilateral fragmentario de la mayoría de los estudios registrales, y, finalmente, el hecho ya aludido de que las más estimables obras estén sostenidas por el armazón sistemático de un programa de oposiciones, trae como consecuencia que en España no exista todavía el libro que pudiésemos llamar clásico de Derecho hipotecario. Con peligro evidente para su consideración científica.

Y aquí el mérito de la obra del profesor De Casso. El esquema del libro es personal. El plan completamente original, trazado con una distribución científica de la materia, permite una clara contemplación de todo el contenido hipotecario. Si un libro científico es aquél al que no falta ni sobra nada, alcanza esa categoría al libro que reseñamos, aunque su fin docente y su carácter sintético puedan inducir a otra creencia. Y, sobre todo, por el grado de madurez que en él se advierte hay que subrayar que en el conjunto de la obra hipotecaria española destaca la impronta de un hipotecarista, que, siéndolo, es a su vez universitario y profesa el "eterno" Derecho civil.

3. En la estructura del libro se observa una Introducción en la que se dan los conceptos fundamentales de Derecho inmobiliario, hipotecario y del Registro de la Propiedad; se define el concepto mismo del Registro,

y se anotan sus caracteres, importancia, fines y relaciones con otras instituciones. A continuación, se van desarrollando, con muy desigual extensión según el contenido de cada una, las siete partes de que el libro consta.

En la primera se expone la evolución histórica del Registro de la Propiedad, en general, y los modernos sistemas registrales; la historia del Registro en España, la Ley de 1861 y sus modificaciones posteriores. La parte segunda se dedica a exponer la teoría de los presupuestos científicos registrales o principios hipotecarios. La tercera, y más extensa, estudia los elementos del Registro de la Propiedad en sus diferentes capítulos, que tienen como rúbricas: el Registrador, la finca, el titular registral, los derechos inscribibles, los títulos inscribibles, los libros del Registro, la Dirección e Inspección del Registro de la Propiedad y los asientos del Registro en general y en particular. La parte cuarta desarrolla el estudio de la hipoteca. La quinta los diferentes procedimientos de ejecución hipotecaria. La sexta la cuestión del Registro y la realidad jurídica. Y la séptima el Crédito territorial y el Registro de la Propiedad. En esta última destacan los cuadros estadísticos sobre el Crédito hipotecario y su traducción en gráficos en color. Finalmente, se recogen unas tablas de concordancia del Registro hipotecario de 1915 con el de 1947, y los índices: el sistemático, que encabeza la obra, el de textos legales y el alfabético.

4. La primera edición de un libro lleva consigo la natural expectación y sorpresa de lo desconocido. Las ediciones sucesivas van consagrando su auténtico valor y confiriéndole una categoría de permanente en el horizonte científico hasta consagrarlo como clásico. El libro de don Ignacio de Casso, en su cuarta edición, viene a reunir estas dos posturas ante el lector. De una parte, porque alcanza ya un número de ediciones notable, teniendo en cuenta lo limitado de público que se dedica a la especialidad hipotecaria; y de otra, al interés que la revisión, ampliación, actualización de la obra y modificación de algunas ideas dan a esta edición.

En este segundo aspecto destaca, sobre todo, la puesta al día con la legislación y la doctrina, ya que en el intervalo de tiempo entre ambas ediciones apareció el Reglamento hipotecario de 14 de febrero de 1947, con la secuela doctrinal que llevó consigo y la reelaboración de temas que supone en muchos puntos.

Pero las novedades tienen más importancia desde otras perspectivas. En el ya citado prólogo de la edición tercera, se decía: "El (plan expositivo) elegido, tras muchos tanteos, es un mero ensayo, sujeto, como es lógico, a un proceso ulterior de revisión". En efecto, el estar en la brecha doctrinal ininterrumpidamente impone un constante volver atrás y replantear las cuestiones de modo que den lugar a una más fecunda visión del campo de trabajo y a la autocorrección o autorrectificación de ideas.

En el nuevo plan se introduce una parte: la quinta, dedicada exclusivamente a los procedimientos de ejecución hipotecaria. De menor entidad en la sistemática, pero de tanta importancia, puede considerarse

la inclusión de un capítulo dedicado al régimen registral de los territorios españoles en África, y sobre todo el dedicado al estudio del titular registral. El traslado a este capítulo del procedimiento del artículo 41 de la Ley, junto con la nueva quinta parte ya aludida, permite la unificación de las antiguas quinta y sexta en la actual sexta, en la que se incluye la inexactitud del Registro y su rectificación y la liberación de gravámenes. A lo largo de la obra se van sorprendiendo nuevas ampliaciones, unas con reflejo en el índice y otras sin él, como el estudio de la protección por publicidad en el antiguo Derecho egipcio.

Aparte de corrección de términos y estilo, cuidadosamente pulidos a lo largo de toda la obra, destaca la rectificación de algunos conceptos. Por su importancia y su reflejo en el desarrollo de la materia hipotecaria conviene señalar la nueva denominación de Registro jurídico-real, dado al llamado corrientemente hasta ahora Registro de la Propiedad y la nueva definición de este Registro jurídico-real, que, sin descalificar a la anterior ni hacerla inservible, es más comprensiva al fijarse en el Registro como Institución. Es alceccionador observar la ejemplar naturalidad y humildad con que repiensen sus propias ideas y rectifican sus conceptos los hombres a quienes consideramos maestros, y a quienes, aunque sólo fuera por su autoridad personal, nadie se atrevería a corregir.

José María DESANTES GUANTER

DOSSETTO, Mario: "Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari". Padua, Cedam, 1951; 152 páginas.

El objeto de este libro es el estudio del fenómeno de la "predisposición" de las cláusulas contractuales y el de la correspondiente "adhesión" a las mismas. Se trata, en suma, de una aceptable monografía sobre los contratos de adhesión (1).

En la primera parte se analizan las características, en virtud de las cuales el fenómeno de la predisposición y de la adhesión adquiere, siquiera dentro de ciertos límites, una especial relevancia en el campo del Derecho, distinguiéndose de otros fenómenos jurídicos con los que puede tener una aparente afinidad y parentesco (por ejemplo: el juego de la oferta contractual y de la aceptación). En la segunda, se examinan las normas del derecho positivo italiano referentes a la materia, sobre la base de los estudios y de las aplicaciones que de ellas han hecho la doctrina y la jurisprudencia. Por último, en la conclusión se desenvuelven algunas consideraciones de *iure condendo*, no exentas de interés.

La gran importancia práctica de la materia tratada por el autor no puede ser puesta en tela de juicio, dada la siempre creciente difusión de los llamados contratos de adhesión en la vida moderna, en la cual—como

(1) Entre nosotros ya se ocupó del tema el profesor Royo en su sugestivo estudio "Contratos de adhesión", publicado en este ANUARIO, t. II, fasc. 1, págs. 54 y 55.

ha dicho Salandra (2)—la uniformidad ("standardización") en la producción de las cosas y de los servicios conduce como de la mano a la uniformidad de las condiciones de goce y cambio, y, por ende, a la uniformidad de los contratos mediante los cuales dicho cambio de valores se realiza: uniformidad que precisamente se actúa fijando condiciones generales de contratación y a través del empleo de módulos impresos y formularios, en los que el esquema contractual es ya predispuerto incluso en todos sus más insignificantes pormenores.

Y puede decirse que el autor ha conseguido dignamente el objetivo de su trabajo, puesto que, además de ofrecer una útil ayuda a cuantos por razones de estudios o profesionales se ocupan de una materia tan compleja, contribuye a suministrar un conocimiento más profundo de la misma, sistematizándola de modo satisfactorio en el cuadro general del Derecho.

De Mario Dossetto³ conocíamos ya su primer libro, "Teoria della comunione", del que Carnelutti dijo que estaba falto de cimientos, y que yo, en otra ocasión, calificué de "exceso de conceptualismo" (3). Pero este vicio, tan perjudicial, ha sido corregido a tiempo, y ahora veo con agrado cómo el autor ha sabido situarse en el campo siempre fecundo de las realidades, al par que va madurando su naciente y aguda personalidad científica.

Juan Bautista JORDANO

G. QUIJANO, Pedro Miguel: "El Derecho económico-social. Su formación en la actual sistemática jurídica". Colección Orden. Madrid, 1951; 289 páginas.

El Servicio de Información y Publicaciones Sindicales de la Delegación Nacional de Sindicatos ha publicado la tesis doctoral del señor G. Quijano bajo este título. En él se intenta la construcción de una nueva disciplina jurídica, que pretende evitar la atomización del Derecho con la consideración conjunta, bajo la visión jurídica, de las materias económica y social "que forman una unidad difícilmente divisible". La cuestión se aborda partiendo del campo del Derecho público, y más concretamente del Derecho administrativo, "que sirve directamente los fines de la política económica y social". Pero ha de enfrentarse resueltamente con el Derecho civil que presenta los mayores obstáculos a la introducción en la sistemática jurídica de esta pretendida nueva rama del Derecho.

En su introducción se aborda, desde un punto de vista predominantemente histórico, la eterna cuestión de la división del Derecho en público y privado para encontrar en el Derecho administrativo una repercusión de las actividades económico-sociales y ver en la sistemática jurídica unos derechos subjetivos que no encajan en las disciplinas clásicas.

(2) *I contratti di adesione*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1928, I, pág. 408 y siguientes.

(3) Véase mi recensión en este ANUARIO, t. II, fasc. III, págs. 1173 y ss.

Hay que situarlo y delimitar su alcance y el de sus normas, lo que se hace en la primera parte del estudio. El Derecho económico-social se encuentra en la llamada zona gris, intermedia entre el Derecho público y el privado. Interesa, sobre todo, ir señalando la divisoria con el Derecho administrativo y con el Derecho corporativo, por una parte, y por otra, con el Derecho civil y con el Derecho mercantil. Ya perfiladas unas líneas límites, el Derecho económico-social se define como "el conjunto de reglas y principios jurídicos referentes a la utilización de los bienes para satisfacer las necesidades primarias del individuo, y las familiares, dentro de las especiales condiciones creadas para la colectividad". En esta misma parte general se estudian las fuentes de este Derecho, su sistema y su método.

En la parte segunda o especial se van estudiando, desde la perspectiva del nuevo Derecho, las "personas e instituciones personales", bajo cuyo capítulo se estudia el Hombre, sujeto del Derecho; la Familia; la Empresa; el Sindicato; el Estado. En el capítulo dedicado al estudio de los derechos sobre las cosas se advierte previamente la limitación a la enunciación de materias que, a guisa de ejemplo, sirvan para ilustrar la concepción económico-social. Esta misma advertencia sirve para el tratado de las obligaciones y de los contratos. Se estudian como cosas el Suelo, la Agricultura, la Vivienda, las Aguas y las Obras Públicas, las llamadas Propiedades especiales, las Minas, las Industrias, la Caza, Pesca y Ganadería, los Frutos y Mercancías y los Títulos sobre cosas inmateriales, Valores y Dinero. Entre los contratos se contemplan los rurales; los de distribución, el de Trabajo; inquilinatos; otros contratos de servicio; el crédito; los seguros; el Ahorro, la Cooperación y la Mutualidad. Finalmente, se desarrollan los temas de las acciones y procedimientos especiales del Derecho económico-social y los Principios generales de este Derecho.

No puede darse en este lugar una visión crítica completa del libro que aflorase los errores en los puntos de partida que traen como consecuencia unas conclusiones peligrosas para la unidad jurídica, a pesar de ser muy otra la intención del autor. Quizá se intente en otra parte. Baste señalar aquí la prudente limitación del alcance que se hace al final de la obra, al considerar reducido el Derecho económico-social a "un conjunto de normas, obra humana e imperfecta".

José María DESANTES GUANTER

IGLESIAS, Juan: "Instituciones de Derecho Romano". Vol. II. Barcelona, 1951.

En el tomo IV, fascículo 1 de esta misma Revista (enero-marzo 1951, página 226), hicimos la reseña del primer volumen de la obra de Juan Iglesias. Apenas es preciso indicar que el volumen segundo, ahora publicado, participa de las mismas características que el anterior. Castizo y sobrio lenguaje, claridad de exposición, acertada síntesis, y bibliografía abundante, seleccionada y moderna, son sus rasgos salientes. La materia que

en este segundo volumen se estudia comprende el Derecho de obligaciones, el Derecho de familia, sucesiones y donaciones, y Procedimiento Civil.

Muchos aciertos pudieran anotarse respecto al modo cómo están expuestos los distintos problemas que este volumen aborda; pero sobre ellos destaca, a nuestro juicio, el capítulo referente a las fuentes de las obligaciones, en el cual, siguiendo un proceso histórico nitidamente desarrollado, se expone la evolución seguida desde el Derecho clásico a la legislación justiniana.

En cambio, acaso el § 71, dedicado al "Concepto y evolución histórica de la obligación", ofrezca dificultades de comprensión para los principiantes, especialmente porque en él se barajan instituciones, ideas y conceptos que no se explicarán, sino con posterioridad, p. ej.: el "nexum" y la "sponsio". Por otro lado, quizás hubiera merecido una mayor atención la tesis que sitúa el origen de la obligación en el delito, con la variante conciliatoria de von Mayr, a quien, sin embargo, se ha omitido, incluso en las notas. Es posible, igualmente, que, ya fuera en este mismo lugar, ya al tratar de los contratos reales, hubiera convenido explicar esas dos clases de "mutuum" a que el autor alude en la página 5, a saber: el que precede al "nexum" y el que, según Iglesias, "nace de usos familiares, tiene carácter amistoso y excluye el interés".

Otras varias observaciones tan poco trascendentales como las anotadas pudieran todavía apuntarse. Pero ninguna de ellas sirven de sombra, sino en simples detalles (acaso dependientes de un punto de vista personal de quien estas líneas escribe), a la brillantez de un libro que constituye un honor para la ciencia romanística española. Hoy que se habla y discute sobre un supuesto "complejo de inferioridad" del español, satisface hondamente contrastar que en esa aseveración existe mucho de leyenda. La obra de Iglesias resiste, con ventaja, la comparación con cualquier Manual de Derecho romano extranjero, y revela una justificada confianza en sus propias fuerzas y en su capacidad de investigación. Esperemos que el futuro siga confirmando esta realidad del presente.

Ursicino ALVAREZ.
Catedrático de Derecho romano.

MARTIN RETORTILLO, Cirilo: "Nuevas notas sobre lo contencioso-administrativo". Editado por Aguilar, Sociedad Anónima de Ediciones. Madrid, 1951. Un tomo de 296 páginas.

La obra que reseñamos, de la que su autor, el ilustre jurisconsulto señor Martín Retortillo, dice: "me limito a recoger unas observaciones y juicios críticos de algunos de los problemas que con frecuencia se suscitan en el procedimiento contencioso-administrativo...", es un pequeño pero sustancioso tratado sobre el Procedimiento Administrativo en España, que tiene poco de común con las anteriores Notas que sobre igual tema tenía publicadas su autor, si bien éste ha tenido la gentileza de

encabezar las presentes con el mismo prólogo debido a la pluma del gran Calvo Sotelo.

Consta la obra de una introducción y 23 capítulos, el primero de los cuales trata, en términos generales y con hábiles y documentados brochazos, de la Justicia Administrativa. Tras dedicar el segundo capítulo, también enfocado bajo el prisma de la generalización, al contencioso-administrativo en España, nos ofrece Martín Retortillo un escueto pero documentado análisis de las reformas introducidas por el Estatuto municipal del Directorio y la Ley Republicana de 1935.

Adentrando en la lectura del tomo, cita su autor diversas de entre las múltiples deficiencias que presenta el sistema contencioso municipal; da explicaciones sobre la acción popular, los plazos y el allanamiento a la demanda fiscal. De este último punto pasa a referirse al recurso de reposición, dándonos su concepto ("consiste sencillamente en la interpretación que el interesado en una actuación administrativa hace a la propia corporación interesando la "reposición"; es decir, la rectificación o anulación del acto o acuerdo debatido"), obligatoriedad, ventajas e inconvenientes, siendo muy interesante el apartado referente al criterio de la Jurisprudencia.

En otros capítulos vemos las Excepciones en lo contencioso-administrativo, la Notificación, la Cuantía en las demandas y las demandas defectuosas; todos ellos puntos sobre los que, desgraciadamente, por lo general se sabe poco e ignora mucho en el Foro hispano.

La impugnación de los actos declarados lesivos por la Administración es uno de los capítulos en los que el ilustre Abogado del Estado, cuya obra estamos reseñando, consigue captar más la atención del lector. Es hábil el enfoque de los actos administrativos ilegales realiza: meramente tales o ilegales antieconómicos; la definición de Hauriou del acto está muy oportunamente citada, y es de notoria importancia la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1948 a que alude el texto. La aclaración sobre la "declaración de lesividad por lesión económica de particulares", apartado de la página 198, recoge una sentencia de 8 de marzo del año precitado, de extraordinaria trascendencia.

Al capítulo XV no puede ponerse más objeción que su brevedad. Sigue la obra tratando de la Caducidad del recurso, Desistimiento y Suspensión del acuerdo impugnado (señalamos con verdadera satisfacción el análisis-reseña sobre la Jurisprudencia moderna referente a este punto, obrante en la página 238 y siguientes, y citamos los extremos que abarca: a) es indispensable grave perjuicio de reparación difícil; b) no es bastante el mero perjuicio; c) no hay daño irreparable; d) especial situación cuando el favorecido está en liquidación; e) necesidad de pedir especialmente la suspensión; f) la suspensión se contrae exclusivamente a la resolución reclamada; g) no puede suspenderse si el acuerdo fué ejecutado y, finalmente, h) es indispensable la audiencia de la parte contraria).

Los últimos capítulos tratan de la Organización de los Tribunales provinciales, del Recurso ordinario de Revisión, del Extraordinario de Apelación, de la Ejecución, de las Sentencias en lo contencioso, para ter-

minar estudiando el concepto, el interés y el criterio jurisprudencial sobre el Coadyuvante de la Administración en lo Contencioso.

El juicio que nos merece la obra es óptimo, y en la exposición que de su contenido acabamos de efectuar lo dejamos traslucir frecuentemente. Persigue el señor Martín Retortillo un doble objetivo: *llenar lagunas*, por desgracia existentes, y *corregir* numerosos defectos que un desconocimiento científico o una práctica viciosa han permitido nacer, extender y prosperar en el campo del Contencioso Administrativo Español. Si algún defecto podemos señalar es el de un excesivo laconismo en determinados puntos, fruto quizá de los múltiples que las "Nuevas notas" abarcan. Si bien han sido editadas éstas en 1951, dió fin a su obra el autor en 1950, y con tal fecha firma en Barcelona y Huesca la Introducción de la misma, dato éste de interés para comprender el porqué de no haber recogido en sus páginas las más recientes novedades legislativas y jurisprudenciales.

Adolfo de Pries BERTION,
Agente de Cambio y Bolsa.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES.—Dirección General de Relaciones Culturales: "Índice Cultural Español". Núms. 69, 70 y 71. Octubre-diciembre de 1951.

Nos ofrecen los números del "Índice Cultural Español" correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1951, una perspectiva de la intelectualidad española puesta de manifiesto en las reuniones, conferencias, publicaciones: libros y revistas, etc., que en los mismos se recogen, correspondientes al período citado.

Es de destacar la especial importancia que en el núm. 71 se concede a las tareas del I Congreso Hispano-luso-americano de Derecho internacional, que se celebró en Madrid durante el mes de octubre, se recogen las informaciones relativas al mismo, junto con un suplemento gráfico en el que se pueden ver algunos de los actos celebrados.

R.

NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA.—Editorial Seix. Tomo I, 1.035 páginas; Barcelona, 1950.

Bajo la dirección del conocido jurista don Carlos E. Mascareñas y con la colaboración de destacados especialistas del Derecho, se ofrece a los profesionales de esta disciplina el primer tomo de la "Nueva Enciclopedia Jurídica". El volumen citado se consagra a la voz "Derecho", que es examinada por lo que se refiere a su concepto y relación con otras ciencias, sus divisiones, dando especial relieve al estudio del método jurídico, que es desarrollado sagazmente por los autores de esta primera voz, señores Condomines y Pou de Avilés. Sigue a continuación el estudio del Derecho Administrativo por don Manuel Ballvé; Derecho Aéreo, por el Catedrático y especialista en Derecho Aéreo, don Manuel Gordillo

García; el Derecho Agrario, desarrollado por don Miguel Casals; el Derecho Canónico, por don Manuel Giménez Fernández. Especial mención merece la voz "Derecho Civil", desarrollada con singular sugestión por el Maestro don Antonio Hernández Gil, y con igual criterio e interés se examinan las voces: Derecho civil de Aragón, Derecho civil de Cataluña. Derecho civil de Galicia, Derecho civil de Mallorca, Derecho civil de Navarra, Derecho civil de Vizcaya, Derecho colonial, Derecho común, Derecho constitucional, Derecho del trabajo, Derecho eclesiástico, Derecho financiero, Derecho foral, Derecho histórico, Derecho industrial, Derecho inmobiliario, Derecho internacional privado, Derecho internacional público, Derecho marítimo, Derecho marroquí, Derecho mercantil, Derecho municipal, Derecho natural, Derecho notarial, Derecho penal, Derecho político, Derecho privado, Derecho procesal, Derecho público y Derecho romano, cada una de las cuales es tratada por especialistas en la materia.

Estimamos que la Editorial Seix, ha realizado una meritoria labor, continuadora de la que en su día fué "Enciclopedia Jurídica Seix", al publicar este primer tomo de la "Nueva Enciclopedia Jurídica", en la que es dable advertir junto con las constantes referencias a la anterior, la sabia nueva, fruto de los nuevos colaboradores incorporados, merced a cuya labor ha sido posible ofrecer a los estudiosos esta obra de consulta, no sólo para el erudito, sino también para el profesional del Derecho.

J. H. C.

OLGIATI, Francesco: "Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto". Vita e Pensiero, Milán, 1950, 513 páginas.

1. Monseñor Olgiati, autor preeminente, sobradamente conocido en los medios científicos internacionales por sus publicaciones, alguna de las cuales alcanza la veinticinco edición, ha querido tomar como estudio otro campo, este de la juridicidad, fruto de sus lecciones como profesor titular de la Cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad del "Sacro Cuore" de Milán.

El actual volumen había sido recientemente compuesto, cuando el bombardeo de Milán, en agosto de 1943, destruyó una buena parte de la edición. La presente tiene, por consiguiente, aun con los honores de la segunda, la misma novedad original que pudiera atribuirse a la aparición de la edición primera.

El autor ha venido desarrollando las doctrinas jurídicas de los grandes pensadores, desde la India a Grecia y desde Cicerón a los sistemas modernos a la luz de su ontología jurídica. Sintió—según él mismo nos indica—la curiosidad científica de exponer a la luz de los intérpretes modernos del Derecho—no filósofos—el concepto del mismo, su sentido, es decir, lo que el autor denomina su *juridicidad*. De ahí el presente libro, no obstante la expresión irónica frecuentemente repetida desde Kant: "Noch suchen die Juristen eine definition zu ihren Begriffe von Rechte". Mons. Olgiati quiere afirmar, expresamente, que es posible la

investigación en torno al concepto del Derecho y que un concepto válido del mismo solamente puede hallarse partiendo de las premisas de Santo Tomás de Aquino. Esta afirmación constituye la tesis central del trabajo.

2. Dos palabras sobre el método que el autor emplea. El acercamiento a los grandes maestros de la actual modernidad jurídica puede hacerse o con afán crítico excesivo que rebaje la calidad de la exposición en detrimento de la comprensión de la doctrina expuesta o bien huyendo de un terreno polémico—ilustrando sus consecuencias a la luz objetiva más asequible. Olgiati ha seguido este último camino. Claro está que este punto de partida no significa una exposición desde un campo neutral en absoluto o aséptico puro. La intelección racional no es una captación fotográfica. Mons. Olgiati se ha acercado sin ánimo crítico, reprimiendo con toda fuerza la tentación de exponer criticando, acogiéndose a las más notables corrientes de la ciencia del Derecho y a los juristas más representativos para escoger todas las ideas que pudieran ilustrar el concepto de juridicidad. Ha querido—con noble y conseguido objetivo—indicar el “alma de verdad” de toda doctrina científica a propósito de la juridicidad. Ha situado la investigación fuera del terreno polémico—para el que está tan perfectamente dotado—y ha construido con todos los materiales hábiles, sin otra preocupación que la de que éstos fueran intrínsecamente buenos. Ha querido, en definitiva, valorar más que criticar.

3. El plan del trabajo camina sobre una concepción propia del autor y ciertamente sugestiva. En resumen, cabe indicarla así: en toda la corriente doctrinal moderna pueden apreciarse tres tipos diversos de construcciones generales: la doctrina de la estabilidad del Derecho; la de la concepción de la sociabilidad y el Derecho inglés. Esta visión de ideas contrapuestas, a propósito de la naturaleza misma de la juridicidad, forman el germen de las que en el siglo XIX y hasta nuestros días, trasplantadas a los diversos países, en momentos diversos de su historia, constituyen la floración actual de doctrinas en torno a la índole esencial de la juridicidad y sirven de arquetipo para su plan.

4. El trabajo comprende ocho capítulos. Desde el primero, que estudia la estabilidad del Derecho—una de las tesis centrales del autor—en la codificación napoleónica, pasando por el estudio de la sociabilidad (C. D.), otra de las tesis fundamentales en la “*historische rechtsschule*”. El capítulo tercero encierra datos y enfoque certero de la particularidad del Derecho inglés a través de su pragmatismo jurídico o de su indiferencia hacia el sistema. Destaca también el entusiasmo por el proceso o la forma característica de las anteriores consecuencias. En rápida visión aborda el autor en el capítulo quinto de su trabajo la doctrina de la estabilidad en la moderna doctrina individualista que contiene apreciaciones sumamente notables. En esta corriente sitúa a la doctrina jurídica del fascismo y desarrolla ampliamente la tesis de las relaciones

entre Política y Derecho. El capítulo sexto se refiere a los desarrollos de la teoría de la sociabilidad del Derecho. Sitúa en ella las tesis de Thon y A. Levi, que carecen ciertamente de relevancia.

El capítulo séptimo es un poco el cajón de sastre del libro. Como apertura de las cuestiones que en él se abordan: las doctrinas más cercanas a nosotros—el autor hace esta alusión expresa—: la de que es necesario diferenciar entre el Derecho entendido, según unos, como pura forma, y el Derecho como realidad, como contenido. Esta separación de dos corrientes diversas nos va a dar la pauta para la inteligencia del penúltimo capítulo de su trabajo.

En él, Olgiati se refiere, en el primer momento, a la teoría de la "*Begriffsjurisprudenz*", propugnada por Laband. Y en las escuelas realistas a las de la sociología jurídica (Duguit, Erlich y Horvath), a las de la teoría de la institución—sin referencia a Delos, al renacimiento del Derecho natural, Olgiati se acuerda de España, aunque sin concederle mucha importancia, y trata en último lugar de Carnelutti.

5. El trabajo está conseguido con altura bastante para poder interesar a cualquier jurista y es ésta la mira que el autor ha perseguido. Las citas que el autor voluntariamente no ha multiplicado, son siempre precisas y suficientes. El jurista, tanto el profesional—en busca de un experto guía como el investigador—pueden hallar un valioso compañero de trabajo y un experto guía en la marjada de doctrinas científicas que en la actualidad se disputan el monopolio jurídico. El autor puede sentirse satisfecho de su trabajo, concluido con la elegancia que es propia de anteriores y valiosos trabajos de exposición.

José ENRIQUE GRESO

PUIG BRUTAU, José: "Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios". Prólogo de Ramón María Roca Sastre. Ediciones Ariel. Barcelona, 1951.

El presente libro del señor Puig Brutau está integrado por tres partes claramente diferenciadas.

En la primera de ellas el autor expone su punto de vista sobre la misión del Derecho comparado. De acuerdo con una opinión frecuente en esa disciplina, subraya el hecho de que los distintos sistemas jurídicos, a través de construcciones técnicas diferentes, tienden a dar una idéntica protección a determinados intereses. Ello permitirá encontrar un fondo jurídico común (próximo a la idea del "Derecho institucional", de Roca Sastre), bajo las técnicas dispares de la *Common Law* y de nuestro sistemática jurídico continental. La comparación de estas técnicas ayudará a precisar y perfilar mejor los conceptos propios de cada una; pero además, podrá servir de base a su "mutua complementación, por ser cada una deficiente aisladamente considerada" (pág. 28). Concretamente, podrá ofrecer solución a problemas que surjan en un país cuando ya la hubieran tenido en otro.

En la segunda parte de la obra, analiza el autor algunas de las nociones fundamentales del Derecho anglosajón: *property* y *ownership*:

personal y real property; seisin; trust, vinculación y life estate; debt, pledge y mortgage".

La tercera parte, que contiene un paralelo, autorizado por Enneceus, entre la doctrina anglosajona del *estoppel* y nuestro principio de los actos propios, está encaminada a ilustrar la tesis de cómo un idéntico interés puede alcanzar protección jurídica a través de técnicas diferentes.

El camino que marca la obra del señor Puig Brutau es fecundo y peligroso; no convendría que lo uno hiciera olvidar lo otro. Existe, sin duda, un repertorio común de principios jurídicos que operan, a través de técnicas dispares, en los distintos sistemas de Derecho; la investigación de lo que constituye este fondo jurídico común y la comparación e incluso el acercamiento de las técnicas conducirá a valiosos resultados positivos. El Derecho internacional privado verá facilitada la formulación de sus propias categorías; se precisará el significado de conceptos jurídicos nacionales y extraños, y se eliminarán dificultades en la aplicación de la ley extranjera; se abrirán a la doctrina general del Derecho nuevas perspectivas sobre la función y la naturaleza de las nociones técnicas y de la realidad jurídica; se suprimirán obstáculos a la unificación legislativa.

Pero existe también un serio peligro. La comunidad de Derecho entre las naciones dista mucho de ser una realidad: principios jurídicos contrarios actúan en los distintos órdenes jurídicos; un mismo principio, reconocido en dos sistemas, puede tener en cada uno de ellos un campo de aplicación de diferente amplitud. No conviene olvidar esto, y sin embargo, el autor parece haberlo hecho. El principio de la apariencia jurídica opera en el Derecho anglosajón con un juego que no le permite el Derecho español. Por ello no es admisible, como pretende el autor (págs. 116 y sigs.), extender a nuestro Derecho, contrariando las normas expresas sobre prescripción, la institución de la *equity*, conocida con el nombre de *laches*. Todo esto induce a contemplar con cierto justificado recelo expresiones como la antes señalada de "mutua complementación" de las técnicas jurídicas.

Nos parece asimismo necesario observar que el autor da al principio de los actos propios, entroncándolo con la teoría de la apariencia jurídica, un significado distinto del que tiene en el Derecho español. Tal como se ha formulado, a través de la jurisprudencia, no significa protección a la persona que actuó confiada en la realidad de una situación jurídica aparente, sino imposibilidad, para el autor de un acto que tiene *por sí* virtualidad jurídica, de revocarlo unilateralmente cuando no lo permite el ordenamiento legal.

Estas salvedades no pretenden restar méritos a la obra. Por el contrario, todo esfuerzo encaminado a familiarizar al jurista español con los principios de la *Common Law* debe ser acogido con la máxima simpatía. El Derecho comparado en España, que recientemente da muestras de cierta vitalidad, requiere nuevos trabajos que ahonden en el paralelismo *Common Law-ius commune*; por ello es de desear que el señor Puig Brutau continúe sus aportaciones en esta dirección.

PUIG BRUTAU, José: "La Jurisprudencia como fuente del Derecho" (Interpretación creadora y arbitrio judicial). Barcelona. Bosch, S. A., 1951, 252 páginas.

La sola enunciación del título de la obra ya hace pensar que nos encontramos ante un trabajo de fina y punzante observación de la realidad. Así es, en efecto; el autor manifiesta su propósito en las páginas destinadas a Introducción: "llamar la atención sobre la realidad de que la Jurisprudencia y el arbitrio judicial son fuentes del Derecho, con un alcance muy superior al que suele admitirse". La Ley no contiene todo el Derecho que en la vida se necesita. He aquí el porqué de la importancia de la "aplicación creadora" de la norma jurídica y de la "interpretación" de la misma.

El trabajo del señor Puig Brutau viene dividido en cuatro capítulos, destinados, respectivamente, a tratar de: "La observación de la realidad jurídica", "el origen procesal del Derecho sustantivo", el "diverso alcance del arbitrio judicial según las clases de normas aplicables" y el "carácter progresivo de la Jurisprudencia española".

Digamos dos palabras en torno al contenido de cada uno de los capítulos. El capítulo I (págs. 15-77), como los restantes, está, a su vez, dividido en apartados. En el primero de éstos, después de referirse a unas ideas del juez americano Cardoso, señala que en toda aplicación de una norma se encierra un cierto anacronismo, ya que rara vez las circunstancias en que se aplica son idénticas a las que justificaron la creación de la norma cuando ésta se dictó. Se requiere, pues, una labor de adaptación de la norma a "los casos". Esta labor que llevan a cabo los profesionales del Derecho da lugar a una "creación jurídica permanente", al "Derecho de los juristas", que constituye la fuente primaria del Derecho objetivo.

Esta es la idea clave que preside la obra y toda ella se destina a mantenerla en la más alta posición.

Describe a continuación la tendencia del "legal realism" anglosajón, o doctrina de la realidad jurídica, cuya aspiración fundamental es demostrar a toda costa cómo son los Tribunales los creadores del Derecho.

En las páginas que siguen compara someramente el "legal realism" con la Escuela del Derecho libre y con la Jurisprudencia de intereses. Recoge ideas de Jerome Frank y manifiesta que, tanto en países de Derecho codificado como de Derecho del caso (case law), cabe perfectamente que en la aplicación de la Ley el juez *elija y cree* la premisa mayor a base de un principio de justicia y equidad. "Los jueces no son libres para resolver los casos de manera arbitraria..., pero, al mismo tiempo..., son y es preciso que en cierta manera sean libres para poder ser justos".

Hasta la terminación del capítulo continúa examinando los postulados del "legal realism" anglosajón. Entresacamos esta concepción. En la aplicación del Derecho o se trata de un caso subsumible plenamente en la norma, en cuya hipótesis estamos ante una mera aplicación mecánica, o, de lo contrario, se crea el Derecho para el caso particular.

Finaliza este primer capítulo con un amplio examen y glosa de la afirmación del ya citado J. Frank, de que no hay más Derecho subjetivo que el que reconocen los Tribunales, lo cual le da pie para fijarse en la verdadera esencia del proceso como lucha de astucia que ha sustituido a la lucha de fuerza.

Capítulo II (págs. 79-169).

A base de una inversión del aforismo "Ubi ius ibi remedium", por el contrario, "Ubi remedium ibi ius", recalca la importancia del "solvitur ambulando" y dice que el Derecho objetivo crece y se desarrolla estrechamente vinculado a la resolución de cada caso concreto...

Llegamos así a las páginas más interesantes de la obra: las destinadas a hacer un estudio comparativo del Derecho romano y el Derecho anglosajón, en cuanto a la aparente subordinación, que en ambos se da, de los derechos a las acciones. Se fija y coloca frente a frente estas instituciones: Legislación (Lex, Statute Law) y Derecho de juristas (Ius, Common Law); Ius Honarium o Ius Praetorium y Equity anglosajona; "Fórmula" del Procedimiento formulario romano y "Writ" del canciller anglosajón; y, por último, la acción concedida por el canciller "in consimili casu" y la actio in factum del pretor romano.

Refiriéndose al Derecho Codificado y al que llama "Derecho de juristas" (case law) recalca lo que ya páginas atrás quedó indicado: que el Derecho se forma gracias a la constante actividad creadora de los juristas prácticos. El creer, dice, que el juez sólo aplica el Derecho sin crearlo, es un hecho que diariamente desmiente la realidad. La adaptación del Derecho por los Tribunales al caso concreto en una sentencia es "creación" del mismo.

Precisamente por el respeto a la letra de la Ley y la falsa creencia de que ésta sobrevive al continuo evolucionar de la realidad, es por lo que la técnica de las ficciones ha contribuido decisivamente al progreso del Derecho.

En el capítulo III (págs. 171-220) estudia el distinto alcance del arbitrio judicial según la clase de norma a aplicar, recogiendo y explicando la clasificación de Roscoe Pound: reglas en el más estricto sentido, principios de Derecho o puntos de partida del razonamiento jurídico, conceptos o categorías de calificación jurídica, standards o prototipos de conducta.

A continuación se refiere a una clasificación de F. Robison que contrapone la orientación del Juez en un país de Derecho Codificado, y en un país de "case law". En el primero se orienta por proverbios generales; en el segundo, por parábolas, anécdotas o casos ilustrativos. En los países de "case law" no es que no existan principios generales; lo que sucede es que no se hallan adscritos a una determinada expresión verbal, sino que se inducen de una serie de casos ilustrativos (parábolas, de Robison).

El capítulo IV y último (págs. 221-237), después de atacar la excesiva valoración que se da al Derecho Codificado, la lógica formal y el doctrinarismo académico, afirma que el Juez no puede renunciar nunca a su función creadora ante el rígido verbalismo que "pretende ser" el Derecho. Refiriéndose ya en concreto a nuestra Jurisprudencia, ve en ella una auténtica y pri-

mordial fuente del Derecho. Cita algunas sentencias en apoyo de su aserto, y dice, para terminar: "En síntesis creemos poder afirmar que también nuestro Derecho civil es, en cierta e indudable medida, un Derecho hecho por los jueces, o, en un sentido más amplio, un Derecho cuya incesante evolución es obra de los juristas" (se refiere al "profesional" del Derecho).

Hasta aquí hemos intentado reseñar a grandes rasgos los aspectos más destacados de la obra del señor Puig Brotan. ¿Qué decir, en conclusión, de su trabajo? En conjunto se trata de una aportación meritoria a la que el autor dedica su profunda formación jurídica. Quizá en ella haya una excesiva supervaloración de la labor del jurista práctico, pero esto más que defecto es cuestión de punto de vista.

No dudamos que el libro ha de ser bien acogido en el terreno de nuestra producción científica. Sus páginas revelan, para su autor, una profunda cultura jurídica, un amplio conocimiento de la bibliografía anglosajona (reiterada y abundantemente citada a lo largo de toda la obra) y una infrecuente habilidad en la defensa de sus conclusiones. Un defecto, que para muchos no lo será, encontramos en el libro: es la exagerada indiferencia que en sus páginas se respira hacia el Derecho Legislado y hacia la Doctrina Jurídica.

El trabajo del señor Puig Brutau, mereciendo en conjunto el calificativo de "bueno", estimamos que ha de ser muy diversamente enjuiciado por los diversos sectores de la vida jurídica. Provocará entusiasmo entre los juristas profesionales, será estimado como se merece por el aficionado a "inútiles construcciones académicas" y será, quizá, recibido con recelo por un legislador celoso de su alta misión. A todos, sin embargo, recomendamos su lectura; tenemos la seguridad de que nos agradecerán tal recomendación.

Carlos MELON INFANTE,
Profesor ayudante de Derecho civil.

REVISTA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA. número 5, mayo-agosto 1951.—Instituto de Estudios Políticos.

El quinto número de la Revista de Administración Pública sigue la trayectoria de los precedentes, conservando su misma estructura. Entre los estudios que publica, destacamos el de Fairén Guillén—El régimen de montes y la alera foral de Aragón hasta el Código Civil—por la vecindad del tema con el contenido del ANUARIO. La misma razón justifica la reseña de la monografía de Villar Palasí, sobre la eficacia de la concesión y la cláusula "sin perjuicio de terceros".

FAIRÉN GULLÉN, V.: *El régimen de montes y alera foral de Aragón hasta el Código Civil.*

Definido el derecho de alera foral por el art. 16 del Apéndice foral vigente para Aragón, como una servidumbre de pastos voluntaria, predial, discontinua y positiva, cuyos titulares son los pueblos o entidades socia-

les locales, su contenido consiste en la posibilidad jurídica concreta de introducir los ganados de un pueblo en el término del otro "de sol a sol" y "de era a era".

Los perfiles de esta institución han variado notablemente, desde su establecimiento en el Fuero de Jaca, hasta la entrada en vigor del Código Civil.

El articulista señala, como lugares donde podía ejercerse la servidumbre de alera foral, los siguientes: montes baldíos o blancos; dehesas o boalares; enclaves cultivados y huertas, y limita su estudio a los montes, enclaves y huertas

1. Son montes baldíos los terrenos incultos de dominio público que en Aragón reciben el nombre de montes blancos.

Las disposiciones desamortizadoras y la tendencia individualista que las inspiró representaron el más duro golpe sufrido por la alera foral en su historia. No obstante, aun subsiste semejante derecho en algunos montes de propiedad particular de varios pueblos del Valle de la Huecha y en la comarca de Sarriena.

El autor divide, para el estudio de la alera, los montes blancos en comunales de los pueblos, propios de los pueblos, del Estado y de Establecimientos Públicos. Al último apartado de la visión—Montes de Establecimientos Públicos—sólo dedicamos una línea por su escasa importancia económica después de la Ley de desamortización de 1855.

a) Montes comunales de los pueblos.

Reciben tal denominación los destinados al aprovechamiento directo, personal y gratuito de los vecinos del municipio en cuyo término estén enclavados.

El Fuero de Jaca y el "De pascuis" hablan indiferenciadamente de montes comunes, fórmula que engloban los comunales y los de propios, expresión que siguen los juristas clásicos aragoneses respecto del ejercicio de la alera foral. Distinguidos ambos tipos de montes por las Observaciones, siguieron considerándose unos y otros propiedad de los pueblos, hasta que Felipe V incorporó al Estado los montes baldíos que revierten a los pueblos por obra de Fernando VI.

En el siglo XVIII dió comienzo el reparto de las tierras arújiles; la Resolución de 25 de abril de 1788 autorizó el cierre de las fincas en que su propietarios hubiesen hecho plantaciones, disminuyendo el ejercicio de la alera y la disposición de la Observancia. En 1796, se declara que la comunidad de pastos sólo es relativa a los sitios públicos y comunes. El Derecho de Cierre de Fincas de 1813 y Reales Ordenes posteriores y canordantes respetaron, como aplicación de sus principios generales la alera foral de Aragón, bastando, que tal derecho se hubiese adquirido por prescripción inmemorial, justo título según la Obs. 3.ª "De Pascuis" y la 9.ª "de Prescriptionibus".

Perjudicaron el ejercicio del derecho de alera los DD. de 1813 y 1822 que preludian la Ley desamortizadora de 1855. Al socaire de esta última muchos bienes comunales se convierten en propios y—por esta vía—se realizó su enajenación. En 1888—decaído el derecho de las Corporaciones de solicitar la calificación de comunales a sus montes que tuvieran

este carácter—para el 20 por 100 de su valor al Estado. Limada el arma del Derecho aragonés por el Derecho de Nueva Planta, Aragón no pudo oponerse a la obra desamortizadora, que se ejecutó en esta región, con notoria injusticia y desigualdad.

b) Montes propios.

Constituyen el patrimonio de los Municipios y Concejos, como tales.

De alguna manera, queda señalada en el epígrafe anterior, la evolución histórico-jurídica de estos montes: indistintos de los comunales, durante mucho tiempo se mira, aún más tarde, con desconfianza, el ejercicio de la alera foral en ellos. El reparto de los bienes de propios vino a restringir aún más aquel derecho

A fines del siglo XVIII, el derecho de alera no se ejercía como tal, y según las disposiciones del Fuero, en los bienes de propios de los pueblos.

c) En los montes del Estado, el ejercicio de la servidumbre fué objeto de regulación administrativa para cohesionarlo con las necesidades del arbolado.

2. Enclaves cultivados.

a) De propiedad común.

Las roturación hechas en montes comunes parten del Fuero de 1247 “de Scallis” que convierte a quien labre monte yermo en dueño de la porción trabajada. La Observ. 4.^a “de Pascuis” prohíbe que la roturación impida el ejercicio de la alera, aunque puede perjudicarlo concluyéndose que en el espacio roturado sólo se ejercitaba la alera una vez levantados los frutos,

b) Enclaves cultivados de propiedad particular.

Prohibido el derecho de que pacieran los ganados en regadíos por la Observancia 9.^a “de Pascuis”, Molino estima que la alera subsistió en las llamadas yermos, y Portolés que también en las cultivadas desde que se retire de ellas la cosecha.

El Decreto de cierre de fincas y las leyes desamortizadoras hicieron correr suerte muy varia a la alera en los parajes convertidos en privados por obra de tales disposiciones.

3. Huertas y regadíos.

Dedicados estos terrenos a cultivados que exigen cuidado todo el año agrícola, no se pudo ejercer en ellos, en ningún período el derecho de alera foral. No reza lo dicho respecto de los ganados de Zaragoza, que gozaban de régimen especial.

VILLAR PALASI, José Luis: “La eficacia de la Concesión y la Cláusula, sin perjuicio de Tercero”.

Comienza este extenso y documentado estudio considerando la distinción típica en la doctrina francesa, entre concesión y autorización administrativa, para deducir la unidad de sistema concesional, aunque distinguiendo concesiones constitutivas y traslativas, cuya delimitación práctica, es en ocasiones difícil, si bien doctrinalmente, se diferencian en que las primeras crean ex novo un derecho privativo, mientras que

las concesiones traslativas transfieren al administrado o concesionario lo que ya antes existía en poder de la Administración.

Entrando a examinar los orígenes históricos de la Cláusula "sin perjuicio de Tercero" (tradicional en nuestra legislación de concesiones) advierte el ensayista que data del jurisconsulto Paulo, recogido por Justiniano e ignorada en la Alta Edad Media (por motivos de absolutismo real), pasando al Derecho Común de la Baja Edad Media. Penetra en España en Las Partidas y permanece a través del Derecho Recopilado para invadir, en general, toda la vigente legislación administrativa.

Se extiende Villar Palasí en el estudio de las notas que caracterizan la naturaleza de la cláusula de referencia: mantenimiento del estado posesorio preconstituido, provisionalidad de la concesión hasta que el transcurso del tiempo la consolide por el silencio de posibles perjudicados, carencia de facultades de la Administración para delimitar derechos civiles (esta última nota mantenida por los Tribunales) y necesidad de establecer la irresponsabilidad de la Administración en el ejercicio de su facultad de otorgamiento de concesiones.

Al mismo tiempo que la cláusula "sin perjuicio de tercero" responde a las anteriores características, la Administración ha establecido otro sistema para evitar hipotéticos perjuicios; tal es el expediente de información pública con audiencia a los opositores y a terceros que puedan devenir perjudicados, así como la nulidad de otorgamiento de concesiones por omisión de dichos trámites.

Sigue el ensayista afirmando que los intereses de los no concesionarios que tengan condición de terceros, se refieren a que la concesión no signifique una expropiación de su derecho, y a que su situación jurídica preexistente, no sea perturbada por la explotación de la concesión.

En este sentido, no sería legítima la concesión que tuviere por objeto un dominio privado, ni las que versaren sobre objetos concedidos a otra persona (en tanto no se declare la caducidad de esta última concesión), discutiéndose si se trata de supuestos de inexistencia o de simple anulabilidad, aunque no cabe duda de que en nuestro derecho tal concesión adolecerá de vicio interno subsanable por el mero transcurso del tiempo.

Se estudian también otros posibles casos de conflicto, como la colisión de derechos entre concesionarios, que se resolverá dando preferencia al anterior en el tiempo, siempre que efectivamente la explotación de la concesión moderna impida, con toda evidencia, el desarrollo de la anterior. El tratadista llega a la consecuencia de que el perjuicio a tercero puede producirse, bien por incompatibilidad de derechos (despojo parcial) ocasionado por la concesión. En este último caso nos hallamos ante la posibilidad de exigir indemnización de daños y perjuicios, que precisarán ser concretos, actuales (no posibles ni probables) derivados de una actuación ilegal y producidos en derechos preexistentes.

Un problema interesantísimo que se aborda en la segunda mitad de este estudio es el de la fijación del concepto de tercero administrativo, asunto que suscita graves dificultades en la doctrina.

Prescindiendo de la Administración (que es parte, por supuesto, en

el negocio jurídico concesional), una corriente sostiene que debe entenderse parte al titular de la concesión. La teoría kelseniana considera parte a quienes formalmente se refiera el acto administrativo. Para otros parte es el destinatario de la concesión, o el interesado, etc., etc.

Villar Palasí entiende como parte, el destinatario formal de la declaración de voluntad, y a cuyo favor o demérito se dirige el acto administrativo. Luego de extenderse sobre la posibilidad de subrogación en lo que a la parte se refiere, indica que existe en la actualidad una notable confusión entre los conceptos de parte y de tercero interesado.

Sería excesivo trasladar al derecho administrativo la idea privativista de tercero (todo aquel que no es parte). Esto implica la precisión de segregarse a los terceros in genere o extraños por completo al negocio, y fijar la atención en los terceros en sentido técnico.

A este respecto, y razonadamente, el ensayista renuncia a la traducción al lenguaje administrativo de la teoría procesal que distingue entre terceros indiferentes y terceros jurídicamente interesados o sujetos al alcance de la cosa juzgada

Nuestra legislación, en un gran número de momentos concretos, parece concebir vagamente una idea de "interesado" como tipo de tercero administrativo. Villar Palasí define el carácter de tercero como "la pertenencia de una relación jurídica al supuesto fáctico de otra relación que implique subordinación de posiciones jurídicas o condicionamiento de las mismas, de modo que una alteración de la primera produzca una alteración de hecho o de derecho a la segunda".

Así pues, el tercero viene determinado por una relación jurídica base (la concesión), que excluye a ese tercero (no parte) y lo sitúa como colindante con dicha relación, estableciéndose una vinculación "ob rem", por nexar los intereses de concesionario y del tercero sobre "eadem res", con una concurrencia contradictoria de derechos en el espacio o en el tiempo.

La cláusula "sin perjuicio de tercero" sienta una declaración de perjudicialidad negativa entre la concesión otorgada sin perjuicio y un estado posesorio adquirido con anterioridad y que se encuentre en situación de firmeza.

Aún distinguiendo el autor entre terceros titulares de intereses protegidos, y terceros titulares de mero interés simple no tutelados por el ordenamiento jurídico y, entre tercero y externo o titular de derechos contradictivos y tercero interno, investido de una manera expectativa (a los efectos meramente formales de estar interesados en la observancia de trámites legales en el otorgamiento de la concesión).

Por último, se estudia con detenimiento la posición de los simples usuarios de los servicios públicos, la tutela de cuyos intereses corresponde a la administración, en lo que afecta a la organización y ejecución del servicio de referencia, tutela que ejerce, aparte de con medidas de policía y control, con la facultad reglamentaria que le corresponde.

El simple interés de los usuarios en cuanto a la prestación del servicio público pasa a la categoría de derecho subjetivo cuando la ejecución del servicio les irroga perjuicios valiosos económicamente, y que se en-

cuentren en una relación de nexo causal directa o indirecta respecto de la culpa o negligencia del concesionario.

El documentado trabajo del señor Villar Palasí está apoyado en una abundantísima labor de cita, tanto de preceptos de nuestra legislación como de resoluciones jurisprudenciales.

Manuel Villar ARREGUI

ROYO MARTINEZ, Miguel: "Derecho sucesorio mortis causa". Sevilla, 1951, 375 páginas.

Este Manual de derecho sucesorio que nos ofrece Miguel Royo Martínez, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Sevilla, formando parte de su "Exposición elemental del Derecho Civil Español para la iniciación de estudiantes universitarios", presenta las mismas características que su anterior "Derecho de familia": reducido el derecho positivo de nuestro Código civil a una sencillísima exposición sistemática, eludiendo deliberadamente toda acumulación pedantesca de citas, buscando sólo la línea esencial que permite perfilar las distintas instituciones estudiadas con toda precisión, acudiendo sólo a la Jurisprudencia cuando el Tribunal Supremo resuelve sobre doctrinas fundamentales, y vertiendo el fruto de su trabajo en limpio castellano, virtud ésta poco frecuente en nuestros tiempos; aparece esta obra, concebida y desenvuelta en la explicación oral de la cátedra, como un magnífico auxiliar para la enseñanza universitaria.

Es tal vez una de las labores más difíciles para el maestro, la de renunciar a la exhibición de más o menos copiosos conocimientos, y reducir su ciencia a la medida del que en cada caso ha de recibirla. Claro está que tal tarea, cuando se realiza como en este caso, conscientemente, lejos de presentarse como mera divagación superficial, se muestra más bien plétórica de sentido haciéndonos ver, prácticamente, que la elementalidad puede ser profunda. Refresca verdaderamente el espíritu la lectura de un libro que nos ofrece con facilidad los conceptos más difíciles, y ello precisamente en una época en que la investigación jurídica se convierte muchas veces en un puro reportaje, con preguntas formuladas a la doctrina nacional y extranjera, y en que por algunos se da más importancia a conocer las personas que a dominar la doctrina.

Pero aparte del valor didáctico de la obra, hemos de destacar la importante aportación que supone en el campo de la sistemática, en cuanto nos ofrece un bien meditado plan de exposición en que se aúnan felizmente las exigencias docentes con el rigor científico, viniendo a resolver con ello uno de los más difíciles problemas que se presentan al civilista en esta parte de su disciplina, sin duda la más descuidada de todas desde este punto de vista. Abandonando el sistema que centra en la relación jurídica sucesoria todo el orden de exposición, se destacan tres momentos fundamentales, en torno a los cuales se agrupan las diferentes materias: la delación, la aceptación y la administración y participación de la herencia. Sobre estas bases se distribuye la obra con arreglo al siguiente esquema:

Se inicia con una introducción general, que comprende el concepto de sucesión "mortis causa" y su evolución histórica, los elementos esenciales de la relación jurídica sucesoria y las concepciones diversas que acerca de la herencia se han formulado.

La primera parte estudia la delación, primero en términos generales, comprendiendo entre ellos la exposición de la aptitud de suceder (ineptitud por falta de capacidad jurídica e ineptitud por indignidad) y la determinación de la naturaleza jurídica de este instituto y efectos del mismo: exclusión de ulteriores llamamientos, facultades precautorias del llamado, transmisibilidad "mortis causa" de la delación y el acrecimiento sucesorio llamado "derecho de acrecer", que encuentra aquí su lugar natural. A continuación se estudia la delación testamentaria, examinándose el testamento, su naturaleza y diversas formas, supuestos de ineficacia y contenido de los actos de última voluntad (institución de heredero, legados, sustituciones y modalidades de las disposiciones testamentarias y, entre ellos, como restricciones de la libertad de testar, toda la teoría de las legítimas (que tal vez hubiera debido merecer un apartado especial en cuanto a su aspecto negativo, único que aquí se considera de simple limitación; tiene otro positivo, constituyendo una forma de delación especial); por último se expone la delación abintestato.

La segunda parte se centra en torno a la aceptación de la herencia, estudiándose primero en su aspecto general, y después en sus modalidades de pura y a beneficio de inventario, y su institución contraria, la renuncia. Finalmente, y bajo la rúbrica de "Condición jurídica de heredero", se exponen los efectos generales de la aceptación, la acción de petición de herencia y la teoría del heredero aparente.

La tercera parte comprende la administración de la herencia, la comunidad hereditaria y la partición, sus efectos y sus posibles vicios. Termina la exposición con un apéndice que, bajo la designación de "sucesiones extraordinarias", expone las formas de sucesión contractual, la llamada por el autor "sucesión vinculada" (títulos nobiliarios, derechos de patronato y capellanías colativas familiares) y las "sucesiones especiales por razones de política social".

Ofrece particular interés, por su novedad, esta última rúbrica. Tales sucesiones, observa el autor, se dan "en todos aquellos casos en que una norma establece la indivisibilidad de un bien o de ciertos núcleos patrimoniales que, en consecuencia, habrán de ser asignados por entero a un único sucesor comprendido en un círculo parental determinado. Las leyes en tales supuestos suelen establecer, además, un orden sucesorio, que discrepa del orden sentado para la percepción de legítimas o de la sucesión ab in-test-ato. A este tipo de normas pertenecen por lo común cuantas tienden a proteger la estabilidad de la familia, ora mediante la instauración del patrimonio familiar (principalmente el agrario, procedente de colonizaciones y parcelaciones), institución siempre enalzada y nunca lograda en nuestra Patria; ora a través del mantenimiento del hogar modesto (casas baratas, viviendas protegidas; ora, en fin, evitando la extinción del arrendamiento rústico y urbano, al morir el arren-

datario, mediante la declaración de la transmisibilidad *mortis causa* en obsequio a determinados parientes”.

Dado el carácter elemental de la obra, no hace el autor sino señalar aquí las líneas generales de una moderna tendencia, que está necesitada de un estudio más amplio, de carácter monográfico, que en cuanto a los arrendamientos rústicos se refiere, acometió el propio Miguel Royo, con singular fortuna, en un artículo publicado en la revista “Información Jurídica”. Ofrecen todas estas instituciones el carácter común de desplazar el centro de gravedad de la transmisión hereditaria, del testamento y voluntad individual a la familia como unidad mercedora de especial protección jurídica; y en tal sentido, desbordando las concepciones romanistas, nos llevan a un campo de ideas más propio del Derecho germánico primitivo con sus comunidades familiares de bienes, hasta el extremo de que es muy dudoso que en estos casos quepa hablar tanto de una sucesión *mortis causa*, que supondría siempre transmisión de derechos preexistentes en el patrimonio del causante, como de derechos directamente adquiridos por el hecho de su muerte, pero ajenos, en realidad, a su herencia.

En resumen, que esta nueva obra de Miguel Royo nos hace desear la pronta publicación de las restantes partes, para que de esta forma quede completa una exposición de nuestro Derecho civil patrio, iniciada con tanto acierto y de tan gran utilidad para la enseñanza de cátedra.

Alfonso de Cossio CORRAL.
Catedrático de Derecho civil.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: “Hipoteca de Derecho Arrendaticio” (“Especialmente de empresas y locales de negocio”). Madrid. Editorial “Revista de Derecho Privado”. 1951; 302 págs.

La recensión de este libro, el primer libro propiamente dicho (1) que Vallet de Goytisolo aporta a la bibliografía española, resulta en extremo facilitada y, aún casi excusada, por el magnífico prólogo que lo precede, en el cual Antonio Alvarez Robles, siguiendo el luminoso método de la amistad y del entusiasmo ve más profundo que nadie en la personalidad de su autor y en el carácter, en el estilo y los valores de la obra. Sea pues nuestro primer juicio favorable para ese prólogo, tomado en su conjunto, sin desperdicio alguno y apresurémonos a recomendarlo al piadoso lector. Por muy apresurado que esté en saber lo relativo a la hipoteca del Derecho arrendaticio, le resultará tan útil como grato leer esas líneas preliminares de Alvarez Robles.

Tras el prólogo, comienza la obra con un “planteamiento práctico de la cuestión”, en el que figura que un cliente expone al autor, en su No-

(1) Sin embargo, otros trabajos del autor, como su conferencia de Santander sobre “La donación *mortis causa*”, casi merecen el título de libro, si atendemos al tamaño para hacer esta calificación, y por la riqueza de su contenido son verdaderas monografías; pero, sin duda, el actual supera a todos en ambición y en la dimensión de sus construcciones.

taría, el problema de si poseyendo un local de negocio puede hipotecar el Derecho de traspaso. El libro, en el que se encuentra la respuesta de Vallet al veto del problema, se divide en tres grandes partes: "Escrúpulos dogmáticos", "Posibilidad legal y contenido de la hipoteca de arrendamiento" y "Dificultades prácticas que ofrece la hipoteca del arrendamiento de local de negocio". Estos tres arcos de punto sobre los que se monta la solución final del caso nos revelan la arquitectura de dictamen que tiene la monografía, arquitectura que generalmente caracteriza las producciones de los Notarios, esos grandes arquitectos del Derecho privado español. Mientras el profesor o, aún más el investigador puro, eligen como tema de sus meditaciones una institución y tratan de agotar sistemáticamente todos sus aspectos, el Notario, acosado por los problemas, viviendo entre ellos, aspira a domarlos con los materiales de su formación científica, y al construir un trabajo destinado a la publicidad, en muchas ocasiones, le pone valientemente por título el mismo problema (2). Este es el caso del libro de Vallet que ahora nos ocupa; de la utilidad, del gran valor que para la ciencia jurídica tiene ese estilo científico no hace falta convencer a nadie, sobre todo, cuando el dictamen se da, como ocurre en la inmensa mayoría de los trabajos de Notarios españoles, tras un detenido estudio científico de los nudos de la cuestión.

Empieza el autor planteando la "vexata questio" de la naturaleza personal o real del Derecho de arrendamiento, haciendo un cabal estudio de la misma, asentándolo reciamente en una bibliografía copiosa y en abundantes ejemplos de Derecho comparado. Lástima que no se haga un estudio de la doctrina tradicional española, tal como es gusto de Vallet en otros trabajos (3) porque en ella hubiera el autor encontrado notables refuerzos para su tesis del carácter real del Derecho de arrendamiento. En efecto, sería interesante considerar el alcance que tuvieron las leyes V y siguientes del Tít. VIII de la partida 5.^a en las que se establecían excepciones a la regla "emptor non tenetur stare colono", siendo una de ellas, la de que se hubiere hecho el arrendamiento por toda la vida del arrendatario, "quod enim est ad vitam dicitur perpetuum" planteando Gregorio López en su glosa a la Ley XIX la cuestión de si en este caso hay transmisión del dominio útil por haber surgido un "ius in re", especulando a tal efecto con el requisito del tiempo módico del arrendamiento que se estimaba ser de diez años. Así, pues, el cambio de orientación doctrinal o al menos el mayor éxito moderno de la tesis "realista" tiene su precedente en esa cuestión de la Glosa, en la que se pone ya de relieve el valor que representa la larga duración, desde el punto de vista de la naturaleza jurídica del Derecho del arrendatario. Siempre que modernamente se aduce el hecho de las prórrogas forzosas de los arrendamientos en apoyo de aquella tesis no se hace sino replantear la cuestión de la glosa. Vallet, ciertamente cita el argumento de la prórroga forzosa a su favor, refiriéndose genéricamente a los arrendamientos urba-

(2) En ocasiones, el título es la misma atrevida tesis de su autor: así *Er arrendamientos*. IGNACIO NART, A. D. C., 1951 (separata).

(3) Véase, por ejemplo, la cit. "Donaciones mortis causa".

nos y rústicos, pero a la par que la cita clásica descuida otro aspecto interesantísimo del problema: el de Derecho social. Toda su poderosa fuerza de argumentación se revuelve en el círculo tradicional de la inmediatez y absolutividad, donde como y hicieron otros, apura al máximo la torsión de los textos legales, en contra de la predominante tesis personalista. Sin embargo, hoy no basta tener a la vista el campo tradicional de la polémica. Es preciso mirar también al terreno limítrofe del derecho social, cuya influencia nos guste o no nos guste se proyecta más potente cada día en el Derecho privado. ¿Qué derecho real es este que impone al titular la obligación de cultivar directa y personalmente, que se esfuma cuando tal obligación se incumple, que se condiciona en fin a otras muchas circunstancias totalmente ajenas a los esquemas del Derecho liberal? En el Derecho francés, que ha conocido ya la moda actual de las prórrogas forzosas, el problema de la naturaleza del arrendamiento se ha enfocado teniendo en cuenta esta "revolte des faits contre le Code". Así, pues, Schimmerber (4) ha podido decir que "el Derecho de arrendamiento parece ser un derecho real desmembrado de la propiedad, afectando al inmueble y oponible a la generalidad de los terceros. Llega a ser, como el derecho de propiedad, un derecho privativo a la explotación de un bien. Sin embargo, la aparición de un derecho real no perjudica a la existencia y al vigor del crédito del arrendatario: la obligación del arrendador de reparar los edificios es más rigurosa que nunca y, según Savatier "el crédito toma un carácter social que manteniendo sus anteriores prerrogativas lo hacen desbordar sobre los terceros, y toma pie sobre el bien mismo, mientras que el derecho del propietario sufre por efecto de la misma socialización una desintegración que enriquece al crédito del arrendatario" (5) y el mismo Schimmerber señala como caracteres nuevos del derecho del arrendatario el de ser estatutario, corporativo y personal, esto último en el sentido de que se concede al "arrendatario para representar sobre su explotación a la corporación agrícola, es intransmisible o inembargable. Son dinastías de cultivadores lo que se quiere llegar a formar" (6). Si aportamos estas citas es con la única pretensión de poner de relieve un nuevo enfoque de estas cuestiones de arrendamientos, teniendo en cuenta ideas de Derecho Social, la visión de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado y la de la paralela—según algunos—distinción entre derechos reales y personales.

Sin embargo, como quiera que la intención del autor del libro no es hacer un estudio exhaustivo de la materia y, por otra parte, se orienta especialmente hacia el problema de las empresas y locales de negocio, según reza el subtítulo de la obra, no alterarían el resultado a que llega consideraciones semejantes a las ya indicadas, por las que vemos antes bien afirmarse asimismo la tesis realista.

Después de tratar de la naturaleza jurídica del derecho arrendaticio.

(4) *La reorganisation foncière en France*, Cahors, 1949, pág. 194.

(5) *La nature juridique et les caractères nouveaux du droit à un bail rural*, D., 1940, página 41.

(6) *Loc. cit.*

el autor acomete otro problema de importancia: el de la hipoteca, afirmando de entrada que "no es hoy teorema indiscutido que la hipoteca tenga naturaleza de derecho real". Igual que anteriormente, se hace una completa exposición de las opiniones acerca de este punto, rebasando el ámbito nacional para aludir incluso a la doctrina alemana, estudiando con gran perfección el amplio panorama teórico que divide fundamentalmente en teorías clásicas y modernas. En este lugar se recoge la posición moderna de Cámara que con su artículo en la "Rev. de D. Pdo." abrió una importante brecha en las ideas comúnmente admitidas. Por esta brecha le sigue Vallet llegando a admitir que "puede dibujarse la hipoteca como una modalidad del Haftung: La responsabilidad en lugar de tener como objeto un patrimonio, recae concretamente sobre una cosa" y que "la universalidad de la hipoteca inscrita o la prenda poseída no es propia y sustantiva, sino meramente formal y eventual". En el capítulo siguiente, el autor, después de hacer tambalear a los dogmas dominantes, acaba meditando sobre la relatividad de la distinción clásica de los derechos patrimoniales en reales y personales que "llega a ser una mera cuestión de apreciación, de mera visibilidad". Ya dijimos más arriba que en efecto, tal distinción se considera en crisis por algún autor francés como consecuencia de la crisis misma de la distinción entre derecho público y privado, pero es que, además, aquella clasificación recibe los ataques que se derivan de un más detenido estudio de la técnica con que juegan algunos derechos reales como el de hipoteca y el de arrendamiento, cuyos efectos peculiares confunden a los habituados a la clasificación tradicional y sabido es que los derechos reales dudosos forman una larga lista. Todo ello hace preciso un estudio moderno que trate ampliamente la cuestión frente a las últimas realidades doctrinales y sobre todo, legislativas. Pero sigamos con el libro de Vallet para ver de qué le sirve el formidable esfuerzo crítico que ha realizado. En este sentido, deja sentado que "si no viésemos en la hipoteca nada más que una forma de garantía basada en la constatación registral de la sujeción de un bien a la realización de una prestación—sin preocuparnos en calificarla de derecho real o de otra clase— todos los posibles obstáculos dogmáticos desaparecerían como por arte de magia".

Después, en el capítulo siguiente hace el "intento de explicación técnica de la hipoteca de arrendamiento" y otra vez nos deja pasmados la energía combativa, la capacidad crítica de Vallet que da ejemplo de una rara y valiente sinceridad al enjuiciar determinadas posturas. Nada menos que el problema de los derechos sobre derechos, verdadero "scila et caribdis" de todo conceptualismo es el que Vallet afronta con más afán de soluciones prácticas que de armonías dogmáticas, que éste es el gran mérito de su trabajo. Según el jurista realista que es Vallet, la hipoteca recae sobre la cosa objeto del derecho base y así ocurre en el caso de la hipoteca del arrendamiento, si bien concretándose a una utilidad cualitativamente determinada de la misma.

La segunda parte de la obra empieza examinando los arrendamientos enajenables. En el primero de los cuatro grupos que hace enumera los arrendamientos rústicos y urbanos regidos por la legislación común. Por

nuestra parte, incluiríamos entre los primeros, además de los indicados por Vallet, el arrendamiento de una explotación agrícola con todos los elementos para llevarla a cabo, por analogía con lo establecido por las empresas industriales. Se dirá que el supuesto no es frecuente en la práctica, pero su posibilidad es evidente y sería conveniente que los tratadistas de arrendamientos no lo olvidaran por completo, contentándose con aludir al del caserío, cortijo o lugar acasavado o sea, sólo el de una finca completa por decirlo así, sin remontarse nunca al arrendamiento de una organización productiva completa.

Muy hábil, muy práctica es la defensa que hace Vallet de la cesibilidad del Derecho de arrendamiento bien que la cesión no sea completa nor no liberar totalmente al cedente. No vemos ningún inconveniente en ello. Antes bien, de estos ejemplos legislativos, como el del art. 1.550, se podría sostener en general que la cesión de deudas sin el consentimiento del acreedor puede producir importantes efectos en nuestro derecho, cuyo estudio no es de este lugar.

Y así discurrendo llega el autor al supuesto que directamente le interesa: el del traspaso de local de negocio que se regula en nuestro Derecho, reconociendo la llamada Propiedad comercial. Ahora bien, ¿cuál será el contenido objetivo de la hipoteca del derecho de arrendamiento? El autor hace una enumeración de elementos y no se arredra ante el gran problema de si mediante pacto puede hipotecarse el negocio o empresa juntamente con el local donde radica, haciendo gala del manejo de una magnífica bibliografía en esta materia que ofrece un cierto confusionismo doctrinal por la abundancia de opiniones y la dificultad de tratar jurídicamente una serie de matices de la organización económica de la hacienda, tal como el aviamiento o la clientela y la de resolver los problemas de transmisión de crédito, deudas, contratos pendientes, mercaderías... Vallet termina proponiendo una solución prudente, la que se especifique claramente a qué elementos de la misma se tiende la hipoteca y excluir expresamente de su sujeción a las mercaderías, a los créditos y a las deudas. He aquí cómo puede tener entrada en nuestra Patria, por el mismo camino que siguió en Francia, la famosa figura de la prenda de empresa. Nada hay en la magnífica obra de Vallet tan importante en el campo de los avances que realiza como esta arriesgada y victoriosa conquista de la prenda de empresa que a buen seguro tendrá pronto repercusión legislativa. Advertimos por nuestra parte que esa solución es aplicable a la hacienda agraria bien se monte sobre un derecho de arrendamiento o cualquier otro derecho real enajenable, siempre que el acreedor tuviera respecto de los elementos muebles inmovilizados por destino las facultades que se habían previsto a su favor en la inoperante regulación de la prenda sin desplazamiento.

En la última parte, el autor estudia las dificultades prácticas para dar efectividad a aquella hipoteca, pero la gran facilidad que Vallet tiene para la argumentación, facilidad que a veces llega a ser peligrosa para la solidez de aquélla las salva una por una, demostraciones que es tan hábil exegeta como constructor de posiciones y aún de teorías científicas.

Finalmente, se estudian los inconvenientes derivados de las causas de

extinción del arrendamiento, especialmente de aquéllas en las que inter venga la voluntad del arrendatario.

Vallet recurre a los ejemplos del usufructo y de la enfiteusis para poner a cubierto lo que él llama talón de Aquiles de la hipoteca del Derecho arrendaticio, estimando aplicable por analogía el número 1 del artículo 107, relativo a la hipoteca de usufructo, bien que surjan particulares dificultades. Le ha sido preciso un gran ingenio al autor para resolver todos esos cruzados problemas. Así le ocurre igualmente al tratar de los efectos de la muerte del arrendatario sin herederos ni socios. Es curioso constatar aquí que falta en la doctrina española un tratamiento a fondo de la suerte jurídica del arrendamiento en el fenómeno sucesorio y en los regímenes económico-matrimoniales, aspecto este último no aludido por el autor y que, sin embargo, puede tener interés.

Todavía siguen unas consideraciones sobre las "limitaciones de la hipoteca de arrendamiento de empresas derivadas de las causas de extinción de este derecho", teniendo en cuenta la vigencia en este caso del Código civil.

En un Apéndice final se hace, como corresponde a la cualidad de Notario del autor, un "intento de proyecto de escrituras de hipoteca de arrendamiento de local de negocio juntamente con la Empresa del arrendatario", distinguiendo dos tipos: A), sin intervención del arrendador; B), con intervención y aprobación del mismo.

La obra se cierra con el índice analítico que se echa de menos en muchos trabajos jurídicos actuales.

Y nada más que lamentar la dificultad de dar cabal idea del denso contenido de esta monografía, que pasará a los anales del Derecho privado español, como una de las más brillantes, audaces y sólidas que se han publicado modernamente.

Alberto BALLARIN.

Notario-Ltrado de la D. G. R. N.

WALINE, Marcel: "L'Individualisme et le Droit". Paris, 1949.

Contiene este magistral libro el resultado del ciclo de conferencias pronunciadas por el autor en la Facultad de Derecho de París durante el curso 1943-44.

Comienza planteando el tema del individualismo como punto sobre el que es preciso pronunciarse a la hora de reconstruir las instituciones político-jurídicas de la Francia de la postguerra, y como necesaria meditación sobre los principios básicos a adoptar; y, a tal fin, analiza los recientes y abundantes ataques que se le han dirigido (1).

(1) Alude a las críticas hechas por BRUNETIERE, que lo consideró como la gran enfermedad del presente; por el italiano NITTI, por el jefe de la Escuela Nacionalista PAUL BOURGET, por L'Action Française, por el grupo del Sillon e incluso por juristas como DUGUIT, en su libro "Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat".

¿Qué es el individualismo? Recoge las respuestas que a esta pregunta dieron Schatz (2), Pierre Laffitte (3) y Tocqueville (4), y contesta que se trata de un término genérico que comprende diversas ideas, pues se puede hablar de individualismo filosófico, económico, político, jurídico, literario, etc., y, desde luego, no debe ser confundido con el liberalismo, ni con los derechos naturales del individuo, ni con el principio de igualdad.

Explica el individualismo filosófico siguiendo a Lalande, si bien no se muestra de entero acuerdo con él. Es una teoría que busca la explicación de los fenómenos históricos y sociales en la psicología individual y, concretamente, en los efectos de la conducta consciente e interesada del individuo. En ética y psicología es la tendencia a emanciparse de todas las obligaciones de solidaridad para cuidarse exclusivamente de sí mismo. Es la expresión filosófica de cierta tendencia al egoísmo, según la cual se debe procurar el desenvolvimiento del individuo en consideración a su energía de voluntad, que se enfrenta a los demás con fiera independencia, y a su espíritu de lucha y combatividad.

Con referencia al individualismo político desecha las definiciones que ven en él una concepción de los fines de la sociedad, porque ello es objeto más bien del individualismo jurídico, las que lo orientan hacia el liberalismo y las que enfocan el problema hacia el estado de hecho. Recorre la historia de las doctrinas políticas de los siglos XVIII y XIX, estudiando los puntos de vista de los escritores y hombres de acción, para llegar a la conclusión de poderse definir, aproximadamente, como la tendencia a poner las instituciones políticas, jurídicas y sociales de un país al servicio del interés particular de los individuos con preferencia a los intereses colectivos, nacionales y familiares.

Como muestra del individualismo literario, apunta el movimiento Romantista: "la reacción del corazón", con su más pura expresión en Rousseau y Chateaubriand. Y en el siglo XIX encuentra escritores individualistas como Vigny, Stendhal, al trazar la figura de Julien Sorel; Nietzsche, con su superhombre, y, más recientemente, Andrés Gide, que en "Nourritures terrestres", blasona de su odio a la institución familiar.

El individualismo económico se funda en que el individuo pone su mayor esfuerzo cuando trabaja para sí, lo cual redundará también en beneficio del interés general. Se opone al dirigismo, y casi se confunde con el liberalismo. Parte esta doctrina del automatismo del equilibrio económico y de la identificación de la suma de los intereses individuales con el interés colectivo, y, por ende, considera que la autoridad pública debe reducir al mínimo su intervención en el terreno económico.

Con referencia al *individualismo jurídico* recoge los puntos de vista

(2) "L'individualisme économique et social": aislamiento en la existencia y apología del egoísmo.

(3) "Le paradoxe de l'égalité": ciudadanos *iguales* en aptitudes y en derechos frente a un Estado todopoderoso.

(4) "La Démocratie en Amérique": el estado de los ciudadanos desencuadrados por la revolución de la jerarquía feudal.

de Hauriou en sus "Principes de Droit public", quien distingue dos grandes grupos de normas jurídicas, las que él llama constitutivas del derecho social y las que considera de derecho individual. Las primeras proceden del poder creador de las instituciones y abarcan la regulación de éstas y las medidas disciplinarias, coactivas y de policía. Las segundas proceden del poder individual de creación jurídica; en otros términos: del llamado principio de autonomía de la voluntad. Siguiendo el contexto de la obra indicada, se deduce que, a juicio de Hauriou, el individualismo jurídico se manifiesta por el predominio del Derecho civil, que es la rama jurídica comprensiva de menos reglas estatutarias y disciplinarias, en contraposición a la abundancia con que en su seno se manifiesta la actividad individual. De aquí que se pueda deducir que para Hauriou el individualismo jurídico constituye una respuesta a la cuestión de si el Derecho es creación individual o social. Con otras palabras: se trata del problema de las fuentes del Derecho.

Pero no es éste el único criterio con que Hauriou enfoca el problema del individualismo, pues en otro capítulo de la mentada obra lo pone en relación con el problema de la finalidad del Derecho: ¿El Derecho y el Estado son acaso para el individuo?

De otra parte, Duguit, en su "Traité de Droit constitutionnel", se manifiesta en el sentido de entender por individualismo jurídico la doctrina que fundamenta el Derecho en la necesidad de garantizar los derechos naturales innatos del individuo.

De aquí que Waline pare mientes en los tres enfoques aludidos, y que, según él, por individualismo jurídico puede entenderse: 1.º, el sistema que considera al individuo como fin único de toda norma jurídica y de toda actividad e institución jurídica; 2.º, la concepción según la cual sería el individuo origen de las normas e instituciones jurídicas o, al menos, de parte de ellas, y 3.º, la concepción del Derecho, que se funda en el individualismo político y se concreta en instituciones orientadas directamente al provecho del individuo.

Precisamente a éstas consideraciones obedece el plan general de la obra de Waline, que divide en tres partes. La primera contesta a la pregunta de si es el individuo el fin del Estado. La segunda, hasta qué punto el individuo es fuente de derecho objetivo y de derechos subjetivos. En la tercera, analiza las principales manifestaciones jurídicas del individualismo político.

La primera comprende el estudio de las doctrinas que afirman ser el individuo el fin del derecho y de las que lo niegan.

Como afirmativas agrupa Waline, en primer término, el punto de vista cristiano. En la lógica y en la doctrina cristiana existe un cierto individualismo, pues la salvación de las almas, que es el objetivo de la religión, es una cuestión puramente individual. No las colectividades, sino los individuos, se salvarán o condenarán. Sin que, como es lógico, esta observación pretenda restar importancia a los grandes factores colectivos de la religión, como son, entre ellos, la Comunión de los Santos, la Doctrina del Cuerpo Místico y la necesidad de rendir a Dios un culto

colectivo. La moral cristiana reconoce sus derechos a las sociedades políticas y concretamente al Estado, mas no como fin en sí mismos, sino con el objetivo de ayudar al individuo en la obra de su salvación. El papel del Estado es asegurar al individuo las óptimas condiciones para que pueda lograr su salvación, condiciones que serán tanto de orden material como espiritual.

A este respecto hace un sugestivo análisis del individualismo cristiano de la Edad Media, refiriéndose, sobre todo, al punto de vista del gran jurista Otto von Gierke, en su monumental "*Genossenschaftsrecht*", que valora toda la Edad Media a base de considerar al individuo fin último del Derecho, reconociendo todo su sentido a la fórmula de Dante: "*Non enim cives propter consules nec gens propter regem, sed e converso cives et rex propter gentem*". Pudiendo, en consecuencia, resumir las ideas medievales sobre la finalidad del Derecho: 1.º El Estado está al servicio del Derecho, ordenado éste a un fin superior. 2.º El individuo es fin en sí mismo y no debe ser considerado como medio al servicio de la entidad política o de los gobernantes. 3.º Por ser fin en sí mismo, el individuo es titular de derechos naturales individuales.

Como doctrinas que niegan ser el individuo fin del Derecho, después de referirse brevemente a ciertos precedentes doctrinales, agrupa Waline el fascismo italiano y el nacionalsocialismo alemán. El fascismo, si bien nunca contó con una teoría jurídica completa del Estado, pues había ya alcanzado su objetivo esencial—el poder—cuando se acordó de teorizar, y aunque nunca lo afirmó expresamente, es notoria su tendencia marcadamente estatista. La consideración del Estado como expresión jurídica de la Nación juega aquí un papel esencial. El individuo no parece constituir un fin en sí mismo, pues el fascismo no se preocupó del fin ulterior del hombre, sino parece más bien que consideró los intereses individuales como inseparables de los del Estado.

Siguiendo, en general, a Bonnard, estudia, a continuación, con especial detenimiento, la doctrina nacionalsocialista. El Estado queda relegado aquí a simple instrumento—*capitis diminutio* del Estado—al servicio de un concepto nuevo que lo abarca todo: el *Volk*. El *Volk*, finalidad y esencia de toda la filosofía política nacionalsocialista, es la homogeneidad racial necesaria para que todos formen la comunidad germana. El elemento esencial del *Volk* es la raza, la unidad de sangre.

En la doctrina nacionalista el fin del Derecho es el interés del *Volk*, el cual impregna todas las instituciones jurídicas alemanas, y con el que los jueces deben estar especialmente compenetrados. La idea comunitaria lo domina todo; incluso la propiedad privada tiene una finalidad exclusivamente comunal, no siendo el propietario sino un representante del *Volk* a modo de fiduciario, siendo su más exacta caracterización la expresión inglesa "trustee".

La segunda parte de la obra está destinada a indagar si el origen del Derecho es individual o social. Parte de que la sociedad constituye el medio ambiente indispensable para la existencia de normas jurídicas. El derecho consuetudinario, sin embargo, puede preceder a la organiza-

ción de la sociedad política—advierde—e incluso suele ser el mecanismo a través del cual se lleva a cabo primitivamente esta organización. Son, pues, las formas de Derecho no consuetudinarias las que suponen necesariamente la existencia de una sociedad organizada.

Mas ello no quiere decir que la voluntad individual no tenga parte en la formación de normas jurídicas y de derechos subjetivos. La historia del Derecho nos ofrece constantemente situaciones y relaciones jurídicas determinadas por la actividad individual, y, por lo mismo, examina Waline minuciosamente la función de la voluntad individual en la creación de normas jurídicas y de derechos subjetivos a través de los actos unilaterales y de los contratos.

Estudia diversos negocios jurídicos unilaterales y con especial atención la llamada propiedad comercial, sobre la cual apunta interesantísimas ideas, y con la misma amplitud examina el fundamento de los "derechos de autor", a base de ponderar la necesidad de amparar los valores morales por él creados. Del maduro examen de todo ello, Waline deduce que el individuo, por su sola actuación unilateral, no puede hacer nacer derechos subjetivos, sino en la medida que crea valores de interés social.

La posible creación de derechos subjetivos por el individuo en vía contractual es objeto de un sugestivo capítulo, en que examina la doctrina de la autonomía de la voluntad, la cual hoy en día sufre aguda crisis por los llamados contratos necesarios y las cláusulas obligatorias. El papel de la voluntad privada queda hoy reducido en muchos supuestos a dar el consentimiento a un contenido contractual establecido legalmente, que las partes no pueden modelar. Todavía subsisten contratos en que esto no ocurre y que son plena creación individual, pero la intervención de la ley en la materia contractual tiende a aumentar y, en todo caso, siempre es posible realizarla mediante disposiciones legales futuras dictadas con carácter retroactivo.

Pero es que incluso el dogma de la autonomía de la voluntad tiene su apoyo y cobra juridicidad no por sí, sino por fundarse en normas jurídicas ya existentes, concretamente en el Código civil. En consecuencia, la creación de derechos subjetivos por medio del contrato no es sino la aplicación y concreción de estatutos legales.

En cuanto a la creación de normas jurídicas por los individuos, como tales, resulta patente la importancia de las voluntades particulares. Aquéllas no proceden sino de los órganos del Estado, cualificados a tal fin por sus normas orgánicas y constitutivas. Las normas jurídicas no derivadas de éstas son únicamente las creadas por la masa de individuos, por la sociedad en forma de costumbre, mas nunca por el individuo.

En contraposición a la inexistencia de normas jurídicas de origen exclusivamente individual existen ciertamente normas de origen exclusivamente social. Surgen del "consensus" colectivo del grupo social, sin particular intervención de la voluntad individual. En este punto Waline lleva a cabo un estudio muy completo de la costumbre como fuente de Derecho.

La tercera parte comprende el estudio de las instituciones jurídicas fundadas en el individualismo político. Considera como tal, en primer lugar, el derecho de propiedad como está formulado en el Código francés, con sus caracteres de exclusivo e ilimitado, francamente individualista. Claro que hoy día no puede afirmarse otro tanto por las muchas limitaciones de que ha sido objeto y por la consideración de que existen valores sociales inapropiados. Por ello, la idea de propiedad tiende hoy día a ser absorbida por la de capital, pues el dominio ha venido a ser como una simple fuente de beneficios para el propietario, pero desprovisto de las facultades de señorío ilimitado que antiguamente llevaba anejas.

Manifestaciones del individualismo en derecho sucesorio son la prohibición de sustituciones, el abandono de la regla tradicional "paterna paternis, materna maternis" y la reacción favorable a las porciones legítimas de los hijos naturales. No lo es, en cambio, la restricción impuesta a la libertad de testar por la llamada en Francia "Loi de partage égal".

Los denominados derechos del hombre, si bien constituyen una auténtica manifestación de individualismo jurídico, no lo son del individualismo político, por no perseguir la subordinación de los intereses generales a los particulares. Por el contrario, las libertades políticas, sobre todo algunas de ellas, concretamente las de orden económico, aparecen como características del individualismo político y del menosprecio de los intereses generales.

Aborda el tema de la limitación del Estado por el Derecho, que también constituye cierto modo de individualismo político—pues persigue la defensa de los particulares contra medidas dictadas en nombre del interés general—, y se declara partidario de la teoría llamada de la autolimitación, por ser la única que a su juicio responde a la realidad: más que limitación del Estado hay limitación del poder de sus órganos. Y concluye Waline su magnífico libro con un breve análisis de las doctrinas teleológicas—teoría de la desviación de poder, ilicitud de la causa y abuso del Derecho—, que valoran el acto jurídico por el fin perseguido en su realización.

La obra del profesor Waline constituye un estudio exhaustivo del individualismo, con fino sentido jurídico y una visión de los problemas recta y objetiva. El individualismo político, por supeditar los intereses generales a los particulares, es inadmisibles; el individualismo jurídico, como problema de fuentes del Derecho, sufre una aguda crisis, pues, aparte de que el Derecho tiene un origen social y no individual, la intervención legal en la función individual de creación jurídica tiende a reducir ésta al mínimo. El individualismo jurídico, como problema de fines del Derecho, es, en cambio, una cuestión de orden metajurídico, pues no puede encontrarse este fin en el propio Derecho, sino en las concepciones político-morales con que se enfoca el problema, las cuales para Waline no pueden ser otras que las que nos legó el cristianismo. Lo contrario sería—dice—renegar de nuestra tradición, negarnos a nosotros mismos y a toda la civilización moral.

El mérito de la obra es realmente grande y conduce a un conocimien-

to exacto y documentadísimo del individualismo en todas sus manifestaciones jurídicas. El acertado encuadramiento de las materias que contempla, hábilmente puestas en parangón con las similares y conexas, proporciona al libro una gran variedad e interés. La obra está impregnada de una fina visión cultural del Derecho, con abundantes e interesantes referencias a la literatura, a la filosofía y a la política, traídas siempre a colación con sencillez y del modo más humano.

José Javier LOPEZ JACOISTE.
Notario.

Revistas

I. Derecho civil

I. Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

BALLIVIAN SARACHO, Luis: "Breves consideraciones sobre la reforma del Código civil en Bolivia". *Revista de Derecho (La Paz)*, 7, 1951; páginas 7-49.

La reforma del Código civil está erizada de dificultades en Bolivia, pues si el momento puede estimarse oportuno para emprenderla, en cambio, la falta de una firme cultura jurídica, a la par que la ausencia de estudios de especialización o de trabajos preparatorios, se oponen a la pronta realización de este anhelo. Encarar y asumir la responsabilidad de una reforma siempre será mejor que la indolencia de conservar un Código civil puesto en vigencia en 1831, sin más inspiración que una mala traducción del Código de Napoleón y que por ello, no obstante las modificaciones parciales de que ha sido objeto, está plagado de imperdonables errores de traducción, de lagunas y enmiendas desordenadas, que, lejos de armonizar la vida de relación, la dificultan. Señala a continuación las orientaciones y el procedimiento de codificación, deteniéndose especialmente en la consideración de la influencia que la constitución política de la nación debe ejercer en el Código civil del futuro, pronunciándose, por último, en el sentido de que la estructura del nuevo Código sea similar a la del Código alemán o a la del Código brasileño de 1916, inspirada en aquél.

BORDA, Guillermo, A.: "Reglas prácticas para la interpretación de la Ley civil". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 5, 1951; páginas 507-526.

Con carácter general, aunque con las naturales referencias al Derecho argentino, señala cómo la Jurisprudencia, apartándose tanto de los falsos conceptos tradicionales, que convertían al Juez en autómatas, como de las utopías de la Escuela de Derecho libre, ha señalado, las más de las veces sin proponérselo, algunas reglas prácticas que por lo general resuelven con acierto el arduo problema de la interpretación de la Ley. Estudia a continuación las reglas generales de interpretación de la Ley, para seguir con las propias de ciertas leyes especiales, como son las leyes

de excepción, formales, de trabajo y previsión social, e impositivas. En orden al problema de si el Juez puede negarse a aplicar una ley injusta, estima que para que sea legítima la negativa del Juez a aplicar la Ley, debe haber una colisión radical con los principios de Derecho Natural.

DEL VECCHIO, Giorgio: "La unidad de espíritu humano como base de la comparación jurídica". *Revista Jurídica del Perú*, 1, 1951; págs. 1-8.

La Ciencia del Derecho universal comparado no es ni podría ser un simple catálogo ni un inventario de las leyes que existieron o existen bajo cualquier título y en cualquier lugar que sea. Adquiere una importancia teórica y práctica, tanto mayor cuanto que las legislaciones a las que se refiere, son de un orden más elevado y evolucionado; constituyen un instrumento eficaz para la unificación progresiva del Derecho positivo de los distintos Estados, fin, quizás, todavía lejano, pero al cual sin duda nos encaminamos. Destaca el hecho de que en las legislaciones internas de los Estados civilizados, el valor jurídico de la persona humana es ahora consagrado independientemente de la nacionalidad, hasta el punto de que en las relaciones de Derecho privado, en los Estados más evolucionados, la diferencia entre nacionales y extranjeros ha sido reducida al mínimo.

FERNANDEZ VIVANCOS, Guillermo: "Inscripción en el Registro de hijos habidos en un segundo matrimonio, contraído sin haberse disuelto el primeramente celebrado". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 176, 1951; págs. 1-5.

Siendo los hijos habidos en un segundo matrimonio "ilegítimos" desde el punto de vista civil, difícilmente se puede hacer constar en su inscripción el nombre del padre, lo que tanto quiere decir como negarles los pocos derechos que les concede el párrafo penúltimo del artículo 143 del Código; ello no tiene más que una explicación: la de que, quedando oculto el progenitor que no puede reconocer, el hijo puede ostentar la cualidad de natural de la madre, basada en la presunción del artículo 130, pues de otra forma habría de ser ilegítimo de ambos; por ello, la Ley, con un fin de protección y con el fin de no dar publicidad registral a un hecho a todas luces delictivo, prohíbe la constancia del nombre del progenitor incapaz para reconocer, si reconoce el que puede hacerlo.

LEGÁZ LACAMBRA, Luis: "Derecho y política". *Revista Forense*, 577, 1951; págs. 5-18.

El Derecho y la Política no son apenas ordenamientos normativos de la conducta humana en cuanto vida social, son ellos propios vida social, pues la vida humana es siempre vida con estructura normativa. El pro-

blema de las relaciones entre la ciencia del Derecho y la Política es, en último término, el problema del formalismo; normativismo es una posición tan formalista como su opuesta del decisionismo, expresión máxima del pensamiento político. Son dos posiciones que podríamos considerar complementarias una de otra. De esta suerte, la diferencia entre el normativismo y el decisionismo, entre ciencia jurídica pura y el pensamiento político sería la mera diferencia de punto de vista de especialización científica.

LOPEZ BERENGUER, José: "Naturaleza y contenido del derecho sobre el propio cuerpo. Notas y comentarios a la Ley de 18 de diciembre de 1950". *Anales de la Universidad de Murcia*, 1950-1951; páginas 195 a 216.

Comienza estudiando las posiciones doctrinales sobre la admisibilidad y naturaleza del derecho sobre el propio cuerpo, señalando cómo es objeto de discusión el de si estos actos son ejercicio de algún derecho subjetivo, y en último término, si se admite su existencia, el de determinar su naturaleza jurídica; realiza un análisis de las distintas teorías en curso y al precisar el concepto advierte, cómo una cosa es el derecho que el hombre tiene sobre su propio cuerpo y otra, distinta, los derechos que puedan recaer sobre el cuerpo humano convertido en cadáver o sobre las partes separadas de él. Lo caracteriza como un derecho personalísimo, absoluto, intransmisible, irrenunciable y normalmente extrapatrimonial.

RIBEIRO DA CUNHA, Abelmar: "Tendencia socializadora del Derecho civil". *Revista Forense*, 573, 1951; págs. 21-39.

Si ha sido radical la transformación operada en estos últimos tiempos en el campo del Derecho público, no es menos cierto que el Derecho privado se ha conservado más o menos estático, petrificado en los Códigos, ignorado de los legisladores e indiferente a esa corriente renovadora que penetra en todas las ramas de la cultura y de las ciencias; sin embargo, se va abriendo paso la idea socializadora del Derecho, como intermedia entre dos tendencias divergentes, la individualista y la colectivista; ello plantea el problema de la necesidad de una revisión en los cuadros del Derecho civil, que el autor estudia considerando la justicia distributiva en el Derecho de las obligaciones, las medidas sociales en la protección de la familia, la propiedad y los intereses sociales para terminar exponiendo las reformas de que debería ser objeto el Código civil brasileño de 1916.

2. Derechos reales

A cargo de José María DESANTES GUANTER

CHAVES, Antonio: "Sur le droit d'auteur en matière de cinematographie au Brésil". *Le Droit d'auteur*, 15 de agosto de 1951; págs. 92-95.

Aunque la doctrina brasileña no ha sido muy generosa, ni la jurisprudencia ha tenido ocasión de definirse sobre este tema, la legislación del Brasil es muy completa y efectiva, tanto por lo que se refiere al Código civil como a los disposiciones posteriores y a las Convenciones internacionales. Expone sus líneas generales especialmente en relación con el Registro.

COLOMBRES UGARTE, Dardo: "La indemnización y su justiprecio en la Ley nacional número 13.264". *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales (Córdoba-Argentina)*, XIV, 3: págs. 585-602.

La Ley a que se refiere es la de Expropiación forzosa de Argentina, proyectada por el Poder ejecutivo en 1948. Estudia respecto a la indemnización los arts. 11, 12 y 15 respecto al objeto y cuantía de la misma, las mejoras realizadas y la subsistencia de los contratos que impliquen la constitución de algún derecho sobre el bien, celebrados con posterioridad al acto que declaró la expropiación. Se refiere a la indemnización de la plus valía. El procedimiento de justiprecio lo fija distinguiendo el caso de cesión amigable y el de falta de avenimiento y en uno y otro caso subdistingue los bienes muebles de los inmuebles. Examina los criterios legales sobre fijación de costas y termina con un juicio crítico global de la Ley.

DE BOOR: "La notion de droit moral, sur l'évolution en Allemagne". *Le Droit d'auteur*, 15 agosto, 1951; págs. 87-92.

Plantea el no resuelto problema de la naturaleza del Derecho moral del autor y, sobre todo, el de su transmisión, centrandó las alusiones de Derecho positivo en el Derecho alemán.

DERCHI, Tito: "La proprietà orizzontale degli edifici in Argentina". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, IV, 5-8: págs. 242-247.

El Código civil argentino se apartó del concepto de García Goyena y del modelo francés y siguiendo la opinión del brasileño Freitas proscribió la propiedad horizontal. Pero la realidad hizo florecer en Argentina este tipo de propiedad al mismo tiempo que la doctrina clamaba en todas partes

y singularmente en Italia por su regulación hasta que apareció la Ley número 13.512 de 13 de octubre de 1948, tomando por base el proyecto de Alberto Tessaire. Se expone el texto de la Ley y una pequeña glosa.

FRAGUEIRO, Alfredo: "Naturaleza jurídica de la relación en los derechos reales". Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales (Córdoba-Argentina), XIV, 3; págs. 359-372.

Desde el punto de partida de que el Código civil argentino sigue la tesis clásica al considerar a los derechos reales como una relación directa entre el hombre y la cosa, intenta la defensa de este concepto que hay que entender no de un modo natural, sino jurídico. El término relación es análogo y se refiere a la conexión o correspondencia mutua entre persona y cosa, siendo esta conexión la situación de hecho que la ley contempla y legítima para la constitución de los derechos reales. El hecho en este caso es la situación de un medio sirviendo a un fin. La cosa sirve al fin del hombre. Este hecho sólo responde legítimamente a una voluntad o sujeto que lo adquirió por las formas visibles consagradas en la ley.

FURIER, Hans: "Sur l'interpretation de l'article 2, alinéa 5 de la convention de Berne révisée à Bruxelles". Le Droit d'auteur, 15 de octubre de 1951; págs. 111-114.

Las dificultades nacen de que el artículo fué redactado bajo una concepción inexacta en sus principios: la oposición entre la protección del derecho de autor y las leyes que regulan dibujos y modelos. Para su recta interpretación hay que tener en cuenta que está sometido al principio formulado en el art. 19 de la Convención de Berna, según el cual las disposiciones de Derecho material de dicha convención garantizan un máximo de protección y reconocen el principio de reciprocidad. Las obras de arte aplicado serán protegidas en un país extranjero cuando lo sean también en el de origen.

LEGON, Fernando: "Cómo evitar—normativamente—que se desvirtualice la expropiación". Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales (Córdoba-Argentina), XIV, 3; págs. 455-469.

Sienta primero las líneas de su pensamiento con la distinción del "criterio" y "causa" de la expropiación para concluir que la declaración expropiatoria debe estar precedida de una cautelosa e integral labor de técnica financiera, indagación económica respecto al patrimonio del Estado y del individuo, valoración social y política del acto concreto de expropiación. Examina bajo estos principios la nueva Constitución argentina y la ley de expropiación forzosa. Al llegar al Código civil afirma que la expropiación forzosa es exclusivamente de Derecho público y, por tanto, debe ser desarraigada de este cuerpo legal.

MUSTAPICH, José María: "La transmisión de Derechos reales en el Código civil". *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales (Córdoba-Argentina)*, XIV, 3; págs. 483-501.

Estudio crítico del sistema de transmisión de derechos reales en el Código civil argentino, recogiendo las censuras que le han hecho los diversos autores, las razones que en su defensa había expuesto el autor del Código, Dalmacio Vélez Sársfield y el planteamiento de la cuestión para concluir que si el sistema de Vélez resulta anticuado, no lo era en su tiempo y que dentro de su pensamiento guarda en todas sus instituciones correlación y armonía. Se plantea después la reforma del sistema estudiada en su conjunto y en las instituciones particulares.

NOVILLO CORBALAN, Sofanor: "La institución creada por la Ley 13.512". *La Ley*, 25 de octubre de 1951; págs. 1-3.

La institución que regula esta Ley es la propiedad horizontal y el alcance del trabajo la determinación de su naturaleza jurídica. Opera sobre cuatro concepciones por considerar que son las más importantes: la de servidumbre, la de sociedad, la de condominio de indivisión forzosa y la de propiedad-condominio. Como se adhiere a la última, sigue el sistema en las tres primeras de exponer las razones que las apoyan y oponerles objeciones y en la acogida como cierta exponer las objeciones posibles y defenderse de ellas por razones jurídicas y legales.

SOSA LIMA TORRES, Manuel de: "Expropiação por utilidade publica (Direitos do expropiado)". *Revista da Ordem dos Advogados*, XL, 1 y 2; págs. 232-251.

Después de exponer el concepto y fundamento de la expropiación forzosa estudia la naturaleza del derecho de indemnización: Su fijación con todo lo que se debe: por demora en la expropiación, depreciación de lo no expropiado y plusvalía. La indemnización a terceros que tengan algún derecho. Sus formas de fijación: amigable y judicial. Formas de pago y, finalmente, el derecho a hacerse cargo de nuevo de la cosa o reversión de la expropiación.

TAPIES MESTRES, José: "El huerto y viñado de Barcelona en relación con la enfiteusis catalana". *Revista jurídica de Cataluña*, 6, 1951; páginas 559-563.

Estudia, a propósito del milenario de la Parroquia de San Genís dels Agudells, el privilegio concedido a los censatarios de no tener que pagar más del 10 por 100 en concepto de laudemios en las transmisiones onerosas de las fincas sitas en el llamado huerto y viñado de Barcelona, ya que

se habían pagado por tal concepto hasta el 33 por 100 del valor de los inmuebles. Su origen histórico y la demarcación a que se extendió que fué la ciudad de Barcelona y sus huertos y viñedos, deduciendo que debían estar incluidos en el privilegio Gracia, Vallcarca y San Genís dels Agudells, más cercanos al núcleo de la ciudad que el territorio privilegiado.

TRONCOSO DE LA CONCHA, Manuel de Js.: "Del dominio del Estado". *Revista jurídica dominicana*, XII-36; págs. 22-28.

Se refiere el autor al "patrimonio administrativo sometido al régimen de la propiedad privada" para estudiar su titularidad y sus caracteres: sus bienes son enajenables, no susceptibles de hipoteca, prescriptibles. Finalmente su división y su administración, arrendamiento, ocupación, usufructo y venta son examinados en su posibilidad y en su régimen.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

FERNANDEZ DE BOBADILLA, Fernando: "El artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940 y sus interpretaciones". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 177, 1951; págs. 1-5.

Durante la vigencia de la aparcería o de cualquiera de sus prórrogas, puede el aparcerero, antes de que aquella termine, manifestar su voluntad de acogerse a los beneficios del artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940, y cualquiera que sea el tiempo que haya durado la aparcería, convertirse en arrendatario de una parte de tierra proporcional a su participación o, por el contrario, abandonar al propietario el cultivo de la tierra. Es imprescindible la manifestación de voluntad necesaria para que entre en juego el artículo 7.º, durante la vigencia del contrato, finalizada que sea su vigencia, aunque la voluntad se manifieste, no surte efecto alguno.

FERNANDEZ DE BOBADILLA, Fernando: "Comentarios a las interpretaciones del artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 179, 1951; págs. 1-5.

La interpretación que el autor da en un trabajo anterior al artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940, manifiesta hallarse de acuerdo en líneas generales con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, salvo al manifestar que el aparcerero, "cualquiera que sea el tiempo que haya durado la aparcería, puede convertirse en arrendatario...", pues el Tribunal Supremo exige que la aparcería no haya subsistido más de un de-

terminado número de años. La causa de la contradicción deriva de que el Tribunal Supremo, al aplicar la Ley, puede tener en cuenta razones de equidad.

FERNANDEZ DE BOBADILLA, Fernando: "Requisitos necesarios, según el Tribunal Supremo, para poder hacer uso de la facultad concedida por el artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 180, 1951; págs. 1-8.

Expone sistemática y ordenadamente los requisitos que el Tribunal Supremo ha venido exigiendo para poder hacer uso de la facultad concedida por el artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940, en las distintas Sentencias dictadas ante los casos que se le han planteado y que en síntesis se reducen a los extremos siguientes: Vigente el contrato, el dueño no puede dar por terminada la aparcería; que llegado el día sin haber ejercitado el aparcerero su acción, el principio de improrrogabilidad facultativa de la aparcería abre camino a la acción de desahucio; que si el aparcerero incurre en causa de desahucio, puede ser lanzado en cualquier momento sin conservar derecho alguno; que el aparcerero debe ejercitar su derecho durante la vigencia del contrato, etc.

GONZALEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel: "El problema del pago de las rentas en los contratos de arrendamientos rústicos". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 174, 1951; págs. 1-7.

Cuando la renta se fijó teniendo en cuenta un precio unitario para el trigo, sería justo y conveniente: 1.º, establecer como única forma del pago de la renta la necesaria entrega en la totalidad de la cuantía estipulada por el labrador al Servicio Nacional del Trigo como renta del propietario. No habría por qué hablar de uno u otros contratos y se nivelaría para los colonos la cuantía de la renta, sin perjuicio para ninguno; 2.º, por el Servicio Nacional del Trigo se entregaría un certificado del pago de la renta al colono, único documento con el que enervaría la acción de desahucio fundada en la falta de pago y sin perjuicio de establecer una sanción al colono que dejase de entregar la renta, lo que resaltaría de las correspondientes declaraciones que tienen que prestar; 3.º, facultar al propietario para que con su renta, una vez deducidas las reservas familiares, pueda negociarlo como excedente, con lo que sin perjuicio de nadie vería incrementado el importe de la renta, exigua en muchos supuestos, y en beneficio de terceras personas que les interesase la reserva de pan.

LOZANO LENCINA, Juan José: "¿Es de aplicación la Ley de Arrendamientos urbanos al arrendamiento de local destinado a cochera?" *Revista General de Derecho*, 85, 1951; págs. 510-511.

La cochera es un local simple destinado a guardar uno o varios coches, propiedad del arrendatario; se diferencia del garaje en cuanto éste

implica un negocio y sirve para que el locatario, mediante precio o contraprestación, guarde vehículos ajenos. Así, planteada la cuestión, esta modalidad contractual no está regulada en la Ley especial, por lo cual en cuantos casos existan arrendamientos de simples locales destinados a cocheras, el arrendador puede reintegrarse del local si el contrato está vencido y con sujeción a los términos de éste por aplicación de las disposiciones del Código civil. En estos casos habrá de recurrirse a la acción de desahucio por terminación del contrato (párrafo primero del artículo 1.569 del Código civil) y conforme a las normas procesales de la Ley de Enjuiciamiento civil.

MEJIAS GONZALEZ, Manuel: "El arrendamiento mixto y sus problemas". *Revista General de Derecho*, 85, 1951; págs. 527-531.

Lo define como aquel contrato consensual, bilateral y oneroso, por virtud del cual una de las partes, llamada arrendador, cede a la otra, llamada arrendatario, el uso y disfrute de una vivienda y un local de negocio completamente diferenciados a cambio de una renta única, cierta. La forma usual consiste en el establecimiento de una cláusula, en la que expresamente se dice que independientemente del ejercicio de "tal" o "cual" actividad mercantil o industrial, el arrendatario destinará el piso a su vivienda. Refiriéndose a la legislación aplicable al arrendamiento mixto, estima que éste se encuentra en la actualidad regulado (por la Ley de Arrendamientos urbanos, entre otras causas, porque son tan numerosos y de tan capital importancia que obligan a conceder a su titular la misma protección que se otorga al que simplemente explota una actividad industrial sin vivienda.

REYES MONTERREAL, José María: "La ejecución de obras y el aumento de rentas en lo urbano". *Revista General de Derecho*, 85, 1951; págs. 531-539.

El artículo se destina a relacionar los aumentos de rentas en los arrendamientos con la ejecución de obras contempladas por la vigente ordenación. A través del texto legal, nos encontramos con las siguientes clases de obras: a). de reparaciones necesarias; b), de mejoras; c). de reconstrucción, distinguiendo dentro de éstas las de demolición o derribo voluntario y las de siniestro o derribo involuntario. Se diferencian en que mientras unas constituyen una mal llamada causa de negativa de prórroga contractual (las de demolición voluntaria para nueva reconstrucción), las restantes no alteran en nada el contrato primitivo, salvo la posibilidad de novar en cuanto a la renta libremente pactada o de los aumentos en su caso; otra diferencia está en que en una se concede posibilidad de aumento de alquiler y en otras no. Por último, en el supuesto de reconstrucción parcial, considera no es aplicable lo establecido en la transitoria 20, pero sí que por lo menos cabe aplicar el artículo

lo 136 y siguientes de la L. A. U., con lo cual cabrá al propietario la facultad de exigir al inquilino que contribuya a ellas en la proporción establecida, según los casos, en los apartados a) y b) del artículo 137.

TOBON, Lázaro: "Requisitos y prueba del mandato". *Estudios de Derecho*, 37, 1951; págs. 61-67.

Son dos actos diferentes el contrato de mandato y el contrato que ejecuta el mandatario, sin que sea necesario por motivo distinto del de seguridad o prueba, exigir que la solemnidad del contrato se extienda al poder; lo importante es que éste pueda probarse debidamente; una persona puede estar imposibilitada para comparecer ante un Notario a celebrar un contrato y no se le puede cerrar la puerta que le ha abierto el mandato, la de valerse de otra persona para que comparezca a llenar las formalidades que exige la Ley para este contrato. De ahí que el contrato de mandato si no es concreto o especial para un negocio no puede tener cuantía.

VILLANUEVA SANTAMÁRIA, F.: "El matrimonio y los arrendamientos urbanos". *Revista Jurídica de Cataluña*, 5, 1951; págs. 442-448.

Se formula la pregunta de si el propietario de un inmueble tiene acción contra sus inquilinos para negarles la prórroga del contrato de inquilinato por necesitar la vivienda para un hijo suyo, que va a contraer matrimonio, pero que todavía no lo ha efectuado.

Menciona los preceptos legales que se refieren a esta materia, citando las distintas opiniones formuladas sobre el particular y pronunciándose por la negativa.

YORIO, Aquiles: "Validez de la donación de un inmueble hecha a una Sociedad civil". *Revista del Notariado*, 597, 1951; pág. 183-188.

La disposición contenida en el artículo 1.806 del Código civil argentino, estableciendo que no puede hacerse donación a persona que no exista civil o naturalmente, ha dado lugar para considerar allí que una Sociedad civil no tiene capacidad para aceptar la donación de un inmueble por acto entre vivos.

El autor, tras un adecuado razonamiento, estima que la Sociedad tiene capacidad legal para aceptar la donación que se le hizo, entre otras causas porque no existe disposición en la Ley o principio que consagre en forma expresa la nulidad de las donaciones realizadas en favor de una Sociedad civil, y porque en este caso la donación quedó firme y perfeccionada con el fallecimiento del donante, sin que existan sucesores que puedan invocar derecho para ejercitar acción alguna revocatoria de la donación.

4. Derecho de familia

A cargo de José María CODINA CARREIRA

KASER, Max: "La Famiglia romana arcaica". *Annali Triestini*, I-IV, 1950; págs. 43-64.

Considera que el examen de la historia de la familia, no nos conduce al conocimiento de su progresivo "disgregamiento" como institución jurídica, de aquí, que los Códigos Civiles de nuestros días se limitan generalmente, a recoger en el llamado "derecho familiar" tres instituciones: el matrimonio, el parentesco y la tutela, siendo, desde un punto de vista riguroso, solamente, el matrimonio y las relaciones entre padres e hijos y en general entre parientes, lo que verdaderamente tiene que ver con la familia.

Termina afirmando que el verdadero desenvolvimiento de carácter jurídico de la familia se perfecciona en los siglos XIX y XX.

PEREIRA DE MELO, Luiz: "El divorcio por mutuo consentimiento en el derecho brasilero". *Revista de Derecho (Concepción-Chile)*, 75. 1951; págs. 3-6.

Se refiere a las condiciones imprescindibles que la legislación brasileña exige para la concesión del divorcio por mutuo consentimiento y que son: 1.º Obligatoriedad de llevar más de dos años casados los cónyuges; 2.º Declaración separadamente de los cónyuges ante el Juez, acerca de las causas del divorcio, fijándose éste, un plazo variable de quince a treinta días, para que vuelvan ante él a ratificar su posición anterior, y 3.º Aprobación del hecho por el Juez.

Considera que estas formalidades, constituyen una perseverante y concienzuda deliberación acerca de la imposibilidad de la vida en común, ratificada o aprobada por el Juez con su testimonio auténtico, que revela el consentimiento o acuerdo de los cónyuges, manifestado en una atmósfera de reflexión y serenidad.

5. Sucesiones

A cargo de Carlos MELON INFANTE

CORONAS, Juan Enrique: "Impugnación del testamento por incapacidad del testador". *Revista del Notariado (Buenos Aires)*, LIII. 1951, número 597; págs. 173-182.

El problema de la impugnación, en el sentido en que aquí se estudia, puede referirse: a) al declarado incapaz en juicio que testa en intervalo lúcido, y b) a quien, sin haber sido declarado insano mental, lo es en la

realidad y ha dispuesto de sus bienes por acto de última voluntad. A estudiar el segundo supuesto va destinado el artículo que reseñamos.

Compara la eficacia de los actos jurídicos realizados por el incapaz, según que esté declarado o no como tal cuando los realice, y según que se trate de contratos o testamentos.

Para los actos gratuitos se exige un mayor rigor en las facultades mentales de quien los lleva a cabo; y al deducirse de los artículos 3.615 y 3.616 del Código argentino que para testar hay que estar en "plena y completa razón", resulta que se admite la indagación post mortem de la insanidad mental del testador, y la consiguiente impugnación del testamento en base a ella, aunque no medie una declaración judicial de incapacidad.

Se refiere luego a cómo han de entenderse las expresiones "plena razón" y "completa razón"; a la presunción de capacidad y sano juicio en toda persona; a la forma de probar la anormalidad mental, etc.

FUENTES TORRE-ISUNZA, Juan B.: "El usufructo viudal universal" (una cláusula de estilo). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XCIX, 1951; págs. 694-706.

En breves consideraciones el autor trata de demostrar la inadmisibilidad del usufructo viudal universal a no ser que cuente con el consentimiento de los legitimarios.

Después de indicar que tal figura encuentra en el Código civil el grave obstáculo del artículo 813, dice que no cabe, sino por vía de legado, al amparo del artículo 820, número 3.º

Estudia la esencia de la legítima en nuestro Derecho (más próxima a la legislación romana que a la reserva germana) desde el punto de vista del causante y del legitimario, afirmando que si bien, desde el punto de vista de aquél no repugna pagar la legítima con bienes en nuda propiedad o en usufructo, desde la vertiente del legitimario, es esto inadmisibles, ya que éste es un comunero o copropietario de la herencia.

Pasa revista a las teorías formuladas para fundamentar la legítima, y, pronunciándose por la que la basa en el principio de la participación de la familia en la formación de la propiedad, concluye que según esto es necesario rechazar el usufructo viudal universal, a no ser que los legitimarios le admitan.

Termina el trabajo transcribiendo una cláusula de estilo en armonía con su punto de vista, criticando previamente las que, para configurar dicho usufructo, ofrecen González Palomino y Bellver Cano.

MOLINAS ALBERTO, J.: "Algunos aspectos de la aceptación de herencia con beneficio de inventario en el Código Civil Argentino". *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, XIV, 1950, 3; págs. 163-228.

La conferencia que el señor Molinas inserta en el número de julio-septiembre del "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales"

(tomo destinado a homenaje a Vélez Sarsfield) aparece un mes después (octubre 1950) en la "Revista de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés", como artículo de Revista. Dicho trabajo fué ya reseñado en este "Anuario", y a dicha reseña nos remitimos. Vid. Tomo IV, Fascículo I, pág. 265.

ROMERO DEL PRADO, Victor N.: "Testamentos ológrafos hechos en el extranjero. Requisitos que deben cumplirse para que tengan validez en nuestra República". *Revista Internacional del Notariado*, 3, 1951, núm. 10; págs. 141-151.

Transcribe el artículo 3.639 del Código argentino que exige como requisito del testamento ológrafo la autografía total, la fecha y la firma. Compara este precepto con sus correlativos en las Legislaciones Extranjeras.

A continuación se plantea el problema de si un testamento ológrafo hecho en país extranjero sin cumplir ciertos requisitos exigidos por la Ley argentina, pero de conformidad con la Ley del lugar, será válido o no lo será en Argentina. Sigue en el planteamiento este orden:

1) Escritura. ¿Será válido y ejecutable un testamento hecho en país cuya Ley permita se escriba por un tercero? Se fija en la posición doctrinal y jurisprudencial en Derecho Comparado, y responde negativamente.

2) Fecha. Si el testamento está hecho en país donde no se exija fecha, ¿será válido y ejecutable en Argentina? En el mismo sentido nos da el autor la respuesta.

3) Firma. ¿Vale en Argentina un testamento sin firma, si ésta no se exige en el país donde se hizo? Tampoco admite el autor la validez de un tal testamento.

VALVERDE MADRID, José: "Hacia una reforma del Registro de Actos de Última Voluntad". *Nuestra Revista*, núm. 818, 1951; págs. 1-6.

Después de señalar el éxito pleno que en nuestra vida jurídica ha constituido la institución del Registro en cuestión, y de indicar los efectos que se venían considerando normales en sus certificados, se refiere a la mayor extensión y amplitud de dichos efectos por virtud de la Resolución de 5 de diciembre de 1945 y por el nuevo Reglamento Hipotecario.

Considera que, comparado con los demás Registros, el de actos de última voluntad presenta ciertas anomalías o deformaciones, referentes al Derecho material y al formal.

Para subsanarlas propone ciertos retoques en la Ley de Registro Civil, en el Reglamento Notarial y en la Legislación Hipotecaria.

VENTURA TRAVESET, A.: "Partición por contador-partidor testamentario: su plazo". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XXVII, 1951; págs. 739-747.

En los muchos e interesantes problemas que ofrece el ejercicio de sus funciones por los contadores partidores, ha trabajado ya de firme la doctrina, a base siempre del principio del máximo respeto a la voluntad del testador. Con motivo de una reciente resolución de la Dirección General, el autor se propone revisar conceptos, en torno a uno de los aspectos que la partición por contador presenta: el plazo para el desempeño de su misión.

Señala cómo, ante el silencio de la Ley, la doctrina y la Jurisprudencia entienden aplicable al contador-partidor el artículo 904 del Código, referente al albaceazgo. Se entiende, pues, que el plazo para desempeño de la función es de un año.

Advierte que la orientación dominante entendía debía presumirse que el contador conoce su designación, y después de considerar como de tránsito hacia una nueva tendencia la Resolución del 28 de abril de 1945, recoge las conclusiones fundamentales de la de 12 de abril de 1951, en la que, efectivamente, hay desviación en relación con la doctrina anterior. Son sus postulados: A) Admitir por analogía la aplicación de los preceptos relativos al albaceazgo. B) Sentar la presunción de no conocimiento de su designación por parte del contador, salvo prueba. C) Partir, para el cómputo del año, del momento del conocimiento (o del de la muerte, si antes de ésta se conocía la designación). D) Dar fin a la presunción de que, por el transcurso del año, caducan las facultades particionales del contador.

Z: "El desprecio de la facultad de testar". *Nuestra Revista*, núm. 822, 1951; págs. 3-5.

El autor se pregunta, ¿ejercen el derecho de testar todos los que legalmente pueden hacerlo? A diversas causas se debe el que del testamento no se haga el uso frecuente que sería de desear, entre las que destaca la supervaloración que se da en el acto al aspecto material y patrimonial sobre el aspecto espiritual.

Para demostrar la gran significación de este segundo aspecto en el testamento, toma como ejemplo el de la Reina Católica, y termina señalando la conveniencia de fomentar el desarrollo de la institución, difundiendo sus ventajas y haciendo ver a la Sociedad que el testamento nada tiene que ver con la lejana fecha de la muerte.

II. Derecho hipotecario

A cargo de Pascual MARIN PÉREZ

HERMIDA LINARES, Mariano: "El Derecho inmobiliario español: Los modos de adquirir y el Registro de la Propiedad". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 280, págs. 641-660 y 281, 721-738, 1951.

Después de analizar la evolución histórica de la doctrina de los modos de adquirir a través de los Derechos romanos, germánico y francés, examina la evolución de la doctrina patria, a través de las opiniones de Castán, Sanz, Núñez Lagos, Roca Sastre y de la Rica en torno al problema, para acabar afirmando que las causas de la desorientación actual en esta materia se deben a que no se ha captado, con la suficiente amplitud, la trascendencia del llamado principio de publicidad, y a que en el Registro de la Propiedad se inscriben derechos reales y no títulos, en contra de lo sostenido por parte de cierto sector doctrinal, debiéndose llamar a la Ley Hipotecaria, en lugar de "Ley de terceros". "Ley de adquirentes".

MARTINEZ DE BEDOYA, Ignacio: "La nota marginal de la publicación de los edictos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria; problemas de la práctica". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 281, 1951; páginas 748-755.

Llega el autor de este artículo a la conclusión de que es sumamente necesario y conveniente el convalidar las inmatriculaciones que necesitan la nota acreditativa de la publicación de edictos, y carecen de ella y de la cancelación siempre que no exista obstáculo de otra índole. La disposición que estableciera esta medida evitaría posibles perjuicios a muchos particulares y haría ganar en prestigio y eficacia al Registro al incorporarle un importante número de fincas, evitándose las molestias y gastos de una nueva inmatriculación.

MORALES GONZALEZ, Manuel: "Cancelación de inscripciones que requieren edictos". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 280, 1951; páginas 661-667.

En este trabajo se sostiene que la rectificación del Registro, cuando se trate de la cancelación de inscripciones que requieren edictos, se producirá, bien por una declaración judicial mediante sentencia firme dictada en juicio declarativo ordinario, cuya facultad de accionarlo sólo compete al titular del asiento erróneo o a las personas que resulten lesionadas por el mismo y causahabientes de ellos, según el artículo 40; o bien por

el consentimiento de dichos titulares y causahabientes, según el mismo y el artículo 82, siendo esta rectificación de gran envergadura y extensión, anulando toda la historia de la finca, de ahí la necesidad de que se haga mediante un proceso judicial contradictorio.

PARRA JIMENEZ, José: "Los asientos del Registro y la legitimación del titular para el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 281, 1951; páginas 756-773.

Se llega en este artículo a las siguientes conclusiones: 1.^a La legitimación activa del titular registral para el procedimiento establecido en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria ha de ser determinada, en todo caso, por un asiento de inscripción. 2.^a Puede ser incluso determinada por un asiento de inscripción de inmatriculación. 3.^a Queda condicionada suspensivamente en las inscripciones de inmatriculación del artículo 205 de la Ley Hipotecaria hasta que se extienda la nota marginal comprensiva de la publicación de edictos; y en las practicadas al amparo de la regla 7.^a del artículo 27 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, a que dentro del año haya satisfecho el titular el impuesto sucesorio correspondiente.

RICA Y ARENAL, Ramón de la: "La unificación de fincas y sus problemas". *Revista de Derecho Privado*, 414, 1951; págs. 669-693.

Después de un detenido estudio de las cuestiones que suscita la unificación de fincas, ante el Registro de la Propiedad, llega el autor a las siguientes conclusiones: 1.^a Son precisos destacar, en su verdadera importancia, los problemas relacionados con las modificaciones cuantitativas registrales, no suficientemente resueltos en la legislación vigente a pesar de su importancia práctica. 2.^a El permitirse agrupaciones y segregaciones de fincas sin el consentimiento del titular de gravámenes sobre las mismas provoca graves defectos de técnica registral, que pueden degenerar en situaciones jurídicas que lleguen a modificar objetivamente, hasta los derechos del acreedor. 3.^a Las modificaciones de fincas realizadas unilateralmente, por el propietario, no deben perjudicar, en modo alguno, los derechos reales constituídos con anterioridad. 4.^a Consecuencia de lo anterior será el que cuando haya ejecución, en estos casos, así como en el de agrupación, deberá de regularse la extensión de la oportuna nota marginal. 5.^a Estas modificaciones deberán hacerse mediante solicitud y no de oficio. 6.^a Deberá permitirse la unificación de varias fincas, aunque pertenezcan a diversos propietarios, siempre que en la finca resultante se atribuyan cuotas indivisas a los mismos. 7.^a Deben evitarse estas unificaciones entre bienes pertenecientes a diversas situaciones conyugales. 8.^a Debe tenderse, ante todo, a que queden siempre a salvo las situaciones jurídicas anteriores, constituídas sobre las fincas unificadas.

III. Derecho mercantil

A cargo de José A. PRIETO GOMEZ y
Luis SANCHO MENDIZABAL.

1. Parte general

MEJIA VALERA, José: "La naturaleza de los actos de comercio". *Revista del Foro*, año XXXVIII, núm. 3, mayo-junio 1951; págs. 192-196.

Para evitar las construcciones analógicas, difíciles a veces, que impone la definición legal de acto de comercio (exactamente igual al artículo 2.º, párr. 2.º de nuestro C. de c.), el autor propone su sustitución por una disposición que defina la naturaleza del acto, para cuya formulación sigue a Rocco, señalando como criterio diferenciador la interposición en el cambio.

L. S. M.

2. Sociedades

ALBIÑANA, César: "Las acciones en cartera". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XII, núm. 35, septiembre-octubre 1951; pág. 229.

El capital social es el capital suscrito, lo mismo a efectos obligacionales que registrales o fiscales; el capital que antes se llamaba escriturado y en la nueva Ley "autorizado" no es nada jurídicamente; sin embargo, no es inútil la práctica notarial que consigna en la escritura una cifra superior al capital suscrito por facilitar una nueva emisión; lo que es incorrecto es la práctica contable de hacer figurar en el activo del balance las acciones en cartera (hasta ahora iguales a capital escriturado y no suscrito). Y esto, a pesar de la nueva regulación (arts. 96 y 163 de la Ley), que parece identificar las acciones en cartera con el capital emitido y no suscrito, porque éste, equivaliendo a una oferta aun no aceptada, no tiene por qué figurar en el activo. La única función de esta cuenta era la corrección del capital escriturado que figura en el pasivo. Salvo en el caso previsto en el art. 47 de la nueva Ley, las acciones en cartera—lo mismo que en todo caso el capital autorizado—deben figurar, de acuerdo con la técnica contable, en el pasivo, pero en "columna interior", de modo que aparezca como único saldo del capital social el suscrito.

L. S. M.

AMOROS RICA, N.: "Concepto jurídico-legal de las cooperativas". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XII, núm. 34, julio-agosto 1951; páginas 7-80.

Después de precisar la situación de la cooperativa entre las manifestaciones del fenómeno asociacional, se analiza el concepto de la coopera-

tiva española: "sociedad" de muchas personas (naturales o jurídicas), con capital inestable y finalidad económica, aunque no lucrativa, sometida a una jerarquía exterior (sindical); se clasifican las cooperativas con arreglo a sus posibles objetos, que se especifican; exponiendo después sistemáticamente el derecho positivo español (Ley de 2-I-1932, modificada por Ley de 27-X-1938 y Reglamento de 11-XI-1943), sobre constitución, organización y régimen de las cooperativas, disolución y liquidación, aclarando conceptos específicos de la materia como "retorno cooperativo", "márgenes de previsión" y "excesos de percepción"; termina con las sanciones establecidas en la Ley y el procedimiento arbitral previsto en los estatutos-tipo.

L. S. M

MOSSA, Lorenzo: "Acción sin valor nominal". *Revista Jurídica de Cataluña*, 68 (julio-agosto 1951); págs. 308-325.

El autor, después de aludir al diferente significado que tiene la Sociedad de capitales en Norteamérica y en Europa, analiza los principales problemas suscitados por las acciones sin valor nominal: límite de las aportaciones sociales (cuando no se trate de acciones gratuitas); derecho al dividendo; derecho de voto; responsabilidad de los socios; participación en la liquidación de la Sociedad. La acción sin valor nominal, afirma Mossa, hasta ahora al servicio de intereses puramente capitalistas, puede servir, transformada, para representar los intereses de la masa obrera, en una Sociedad por acciones de orden social, como la que él defiende.

J. P. G.

SALVADOR BULLON, Hilario y Pablo: "La revalorización de pasivos en los balances". *Revista Jurídica de Cataluña*, 68 (julio-agosto 1951); páginas 326-344.

La desvalorización monetaria trae como resultado en la vida de las Sociedades la elevación del valor nominal de los bienes del activo, y con ello, la formación de reservas no reveladas y la insuficiencia de las amortizaciones. El presente artículo, después de aludir a la revalorización en la legislación europea entre las dos guerras mundiales, estudia el problema en el Derecho español vigente, concluyendo que no existen normas que obliguen a revalorizar, dada la escasez de preceptos sobre valoración, sus restricciones y la limitación de su campo de aplicación. En cuanto a los medios de revalorización, los autores analizan sucesivamente, teniendo en cuenta sus incidencias económicas y jurídicas: la distribución de la supervaloración como beneficios; el aumento del capital; la creación de reservas; la revalorización de fondos de amortización, y la revalorización de créditos.

J. P. G.

SOLA CANIZARES, F.: "Las sociedades comerciales en Colombia". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XII, núm. 34, julio-agosto 1951; páginas 81-110.

Se recoge la legislación y bibliografía colombianas sobre el tema; las líneas generales de la regulación de las sociedades colectivas, comanditarias, de responsabilidad limitada y las cuentas en participación; más detalladamente, la reglamentación de las sociedades anónimas, sistematizada por un Decreto de 1950, y en la que merecen destacarse: la protección a las minorías, cuya representación en los órganos administradores está garantizada por un sistema de voto incompleto; el carácter facultativo del Consejo, cuya existencia es lo más frecuente, y, sobre todo, el régimen de estricta intervención estatal, a cargo de un organismo conocido como Superintendencia de sociedades anónimas que fiscaliza tanto la fundación como la ulterior actuación de las sociedades; de la inspección están exentas, sin embargo, las sociedades cuyos títulos no se cotizan en Bolsa, entre las que se cuentan las familiares.

L. S. M.

STRATTA, Oswaldo J.: "Sociedad de Responsabilidad Limitada. Su situación jurídica antes de la constitución definitiva". *Suplemento diario de La Ley, Revista Jurídica Argentina*, 11 septiembre 1951; páginas 1-3.

Se plantea el problema de la responsabilidad antes de completarse el proceso de formación de la sociedad (escritura, inscripción y publicidad). El autor estudia las diversas situaciones que pueden producirse, y afirma que la sociedad funciona con responsabilidad solidaria como irregular hasta que se realice la escritura, pero que en el Derecho positivo argentino la responsabilidad limitada puede retrotraerse a la fecha de tal escritura, siempre que la inscripción y la publicidad se hagan en el tiempo legal, haciendo notar los inconvenientes prácticos que se seguirían de imponer ilimitación de responsabilidad a ese período fundacional.

L. S. M.

3. Obligaciones y contratos

ANONIMO: "El contrato de letra de cambio en Tánger". *Astrea, Revista de legislación y jurisprudencia (Tánger)*, IV, núm. 31 (julio-octubre 1951); pág. 46.

La letra de cambio se regula en la legislación tangerina en forma idéntica al C. de c. español y al de la zona española de Marruecos, afirmandose el carácter esencial de la cláusula de valor, a diferencia de lo que ocurre en la zona francesa desde el Dahir de 29 de noviembre de 1922. Rige también el principio formalista del rigor cambiario.

J. P. G.

LAZCANO, Carlos Alberto: "Aspectos internacionales del crédito documentado". Suplemento diario de *La Ley*, *Revista Jurídica Argentina*, 23 octubre 1951; págs. 1-3.

La falta de una reglamentación legislativa directa del contrato de crédito documentado plantea el problema de determinar qué legislación y qué Tribunal son competentes para regular e intervenir en las cuestiones internacionales que surjan. Según el autor, son competentes el Derecho y la jurisdicción de la sede bancaria, que es siempre a la vez lugar de la celebración y de cumplimiento en los contratos de este tipo. Pero este régimen no se extiende a la compraventa internacional que sirvió de base al crédito, ni a las relaciones cambiarias que surgieran de ella.

J. P. G.

PALÁ BERDEJO, F.: "Naturaleza jurídica de la comisión". *Revista de Derecho Privado*, año XXXV, núm. 416, noviembre 1951; págs. 905-920.

Se trata de delimitar la comisión mercantil frente al vínculo jurídico que une a factores, dependientes y mancebos con su principal. El autor sostiene que son formas del mandato mercantil, calificados por su analogía con el arrendamiento de obra y el de servicios, respectivamente. Para ello investiga el concepto del mandato, y estudia los criterios diferenciadores de una y otra forma del contrato de arrendamiento; le parece más exacto el que diferencia los servicios de la obra, según que el resultado previsto en el contrato sea dependiente o independiente de las circunstancias externas.

L. S. M.

4. Varia

ABREU, Florencio de: "O Esbôço de Código Comercial". *Revista Forense (Rio de Janeiro)*. CXXXV (junio 1952); págs. 356-360.

El autor comienza aludiendo a los diferentes Proyectos que, a partir del año 1907, se han elaborado para reformar la legislación comercial brasileña, constituida, más que por un Código, por una serie de fragmentos de Código. Después de enumerar las más recientes sugerencias sobre el punto, expone los rasgos característicos de su Anteproyecto; a saber: el mantenimiento de la dualidad legislativa entre C. de c. y C. e.; la separación del Derecho concursal y del de la navegación (marítima, fluvial, lacustre y aérea); el criterio mixto (subjetivo y objetivo) sobre los actos de comercio; la incorporación de las reformas legislativas posteriores al año 1930 y el acercamiento del Derecho cambiario a la disciplina de Ginebra.

J. P. G.

CUNHA GONÇALVES, Luis da: "Breves observações ao Esboço de anteproyeto de Cód. Comercial brasileiro". Revista Forense (Rio de Janeiro), CXXXV (junio 1951); págs. 361-370.

Rápido análisis crítico de las disposiciones más características del "esbozo" de anteproyecto de C. de c. debido a Florencio de Abreu. El profesor portugués señala que propiamente se trata de un verdadero "anteproyecto", y sugiere numerosas rectificaciones.

J. P. G.

WILLIAMS, Ricardo: "El proyecto del Poder Ejecutivo sobre Ley nacional de bancarrotas". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires), año VI, núm. 25 (julio-agosto 1951); páginas 933-950.

Después de una rápida referencia a los antecedentes legislativos y a los proyectos que precedieron al actual, el autor analiza las principales innovaciones que en él se introducen: unificación del régimen para comerciantes y no comerciantes; modificación del régimen de los privilegios; supresión de la liquidación sin quiebra; sindicatura única. En la parte final, formula "críticas constructivas" al Proyecto, la más importante de las cuales afecta a la insuficiencia de la fórmula adoptada para definir la cesación de pagos.

J. P. G.

IV. Derecho notarial

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

GARCIA, Honorio: "Notas para unos prolegómenos a la historia del Notariado español. Tiempos anteriores a la Reconquista". Revista Internacional del Notariado, 10, 1951; págs. 101-123.

La historia del Notariado no puede estudiarse independientemente de la historia de la instrumentación y el conocimiento de la manera como se llenó esta función anteriormente a la aparición en la Sociedad del Notario, es indispensable para cuanto se haga en orden a la investigación y conocimiento de aquella disciplina. Estudia los tiempos prerromanos, las disposiciones del "Liber Iuditorum", respecto a los instrumentos, las fórmulas visigóticas halladas por Ambrosio de Morales en la Catedral de Oviedo y que constituyen la única fuente de aplicación del Derecho que nos ha quedado de aquellos tiempos. De su examen deduce que los "scriptores" de aquel tiempo, siguieron usando fórmulas ya tradicionales, tomadas probablemente de los escribas hispanorromanos, que ni de los textos legales ni de las fórmulas se deduce la existencia de personas que redacten los instrumentos con privilegio para ello, los instrumentos no

hacían fe por sí mismos, sino que su credulidad se apoyaba en la fe de los testigos que los suscribían; el instrumento no tiene sustantividad propia, sino que la toma del negocio jurídico que contiene.

ROMAGUERA MARIA, Luis Arturo: "Un extraño modo de garantizar la seguridad jurídica". *Nuestra Revista*, 823, 1951; págs. 1-4.

La confusión de la Oficina Liquidadora y el Registro, está perjudicando enormemente tanto al Registrador como al Notario. Por lo que hace al Notario, mientras que éste cuida celosamente de que los documentos por él autorizados satisfagan el impuesto, el Liquidador admite toda clase de documentos y no tiene medios materiales para obligar al pago a los documentos privados, porque desconoce su existencia; por ello, propugna la modificación del artículo 41 del Reglamento del Impuesto; consideraciones análogas hace respecto al Registro de la Propiedad, estimando que la clave de todo se halla en esa norma destructora de la seguridad jurídica que se contiene en el artículo 41 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales.

TAVARES DE CARVALHO, Fernando: "A nova organização dos serviços de registro e do notariado". *Revista Internacional del Notariado*, do. 9, 1951; págs. 17-39.

Constituye el objeto del trabajo, la organización de los servicios de Registro y de Notariado aprobada en Portugal por el Decreto-Ley de 19 de diciembre de 1949, y puesta en vigor a partir de 1.º de enero de 1950, que marca no sólo en aquel país, sino en todo el mundo del Notariado latino un paso indeleble en los anales de la evolución institucional de la magistratura de la fe pública.

V.: "¿Reforma de la demarcación de Notarías o reformas del Reglamento Notarial?" *Nuestra Revista*, 828, 1951; págs. 4-6.

Estima que más que reformar las demarcaciones notariales y crear más Notarías en las grandes capitales, lo que habría que reformar es el Reglamento Notarial, habida cuenta del volumen de trabajo que se desarrolla en alguna Notaría. La reforma debiera ser del capítulo II, del título III del Reglamento y del número 3 del artículo 3.º de su anexo I, en el sentido de que el Notario que protocolice más de un determinado número de folios habría de ser privado de todos los documentos de turno.

Z.: "La máquina de escribir y los protocolos". *Nuestra Revista*, 823, 1951; págs. 4-5.

Propugna la admisión de la matriz mecanografiada, que por otra parte tampoco es una revolución tan grande como a primera vista parece,

ya que en los archivos notariales existen protocolizados muchos documentos que están escritos a máquina o impresos, aparte de que el mismo Reglamento en determinados casos lo autoriza, como son el de las actas de protesto de documentos de giro o por arribada forzosa de buques, poderes generales para pleitos, los contratos de préstamo con prenda agrícola sin desplazamiento y los de arrendamientos de fincas rústicas, etcétera.

Z.: "Demarcación Notarial". Nuestra Revista, 826, 1951; págs. 1-3.

El artículo 72 del Reglamento establece el número de Notarías y punto de Residencia de los Notarios, y ante una próxima reforma de la "demarcación notarial", estima que ha llegado la hora de estudiar el aumento de Notarías, por lo menos en las capitales de gran contratación, y sin que sea necesario suprimir ninguna Notaría de tercera, ya que puede asegurarse que en la actualidad todas las notarías bien atendidas producen lo suficiente para el sostenimiento decoroso del Notario.

V. Derecho procesal

A cargo de José María DESANTES GUANTER

I. Introducción

ALLORIO, Enrico: "Collaborazione internazionale nello studio del Diritto processuale". Jus, septiembre, 1951; págs. 417-426.

En sentido opuesto al movimiento codificador de nacionalización de los derechos y consiguiente reparación o estancamiento, se observa una tendencia al estudio del Derecho comparado, no para apropiarse las instituciones extranjeras, sino como medio de construcción y profundización de un Derecho cada vez más universalmente válido. Se opone a ello la in-comunicabilidad esencial de los ordenamientos jurídicos. Pero esto no es óbice para la construcción con todos ellos de una "dogmática superior", en frase de Carnelutti. La última parte la dedica a estudiar concretamente los puntos de colaboración germano-italiana.

2. Parte general

ALFONSIN, Quintín: "La ejecución extranacional de las Sentencias en materia civil y comercial". Revista de Derecho Público y Privado (Montevideo), XIII-154; págs. 195-223, y XIII-155; págs. 259-274.

Diferencia para la exposición el que la Sentencia que ha de ejecutarse esté dictada por un Juez con competencia nacional o internacional. En el

primer caso expone las condiciones y requisitos que ha de reunir la Sentencia y los diversos sistemas en orden a la ejecución: los que afirman, los que niegan y los que afirman o niegan atendiendo a factores circunstanciales. En el segundo estudia sus propias condiciones y requisitos, la excepción de orden público y la ejecución lateral de la Sentencia.

AGUIRRE GODOY, Mario: "La acción procesal". Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y sociales de Guatemala, IV-10; págs. 3-35.

Se exponen panorámicamente los conceptos esenciales acerca del problema de la naturaleza jurídica de la acción y su problemática. Estudia fundamentalmente la doctrina de Conture, Guasp y Alcalá Zamora. Trata de la acción y el derecho de petición, la acción y la excepción, clasificación de las acciones y elementos de la acción. Finalmente resume su doctrina en unas breves conclusiones.

BLONDEL, Jean-L.: "L'organisation judiciaire aux Etats-Unis". Revue de Droit International et de Droit Comparé, XXII, 3-4; págs. 192-203.

En la introducción expone las circunstancias históricas, temperamentales, geográficas, sociales, políticas y administrativas que han determinado la organización judicial de los Estados Unidos y la eficacia que esta organización ha tenido en el desenvolvimiento posterior del país. Trata seguidamente del sistema judicial federal en su base constitucional y su trazado general de organización y competencia, para ocuparse a continuación concretamente de cada escalón de Tribunales, estudiando su organización y competencia en particular: *The Supreme Court, Court of Appeals, District Courts*. Y en estudio más breve, *Court of Claims, Court of Customs and Patent Appeals, Customs Court*.

BOYER, Louis: "Les effets des jugements a l'égard des tiers". Revue trimestrielle de Droit civil, L. 2; págs. 163-207.

Partiendo del dogma clásico de la relatividad de la cosa juzgada estudia las dificultades que su aceptación entraña. En vista de ellas aporta la cuestión del desmoronamiento de esta teoría y ensaya una solución cuyo eje es la distinción entre el efecto creador de la sentencia y su valor probatorio. Así esbozada la solución, se adentra en el estudio de la protección a terceros y sus límites y el peligro de una contradicción entre dos sentencias.

CAPDEPON DE ICABALCETA, Federico: "La oralidad en los juicios de cognición". Boletín de la Justicia Municipal, VII, 233; páginas 1910-1915.

El juicio de cognición es proceso eminentemente oral sin que obstene a ello los escritos de demanda y contestación. Cuando el juicio quede reci-

do a prueba, las partes la propondrán "in voce", haciéndose uso de todos los medios enumerados en el art. 578 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Al emplazar a las partes para su comparecencia en juicio hay que notificarles que deberán ir acompañados de cuanta prueba deba practicarse.

CARNEIRO, Nelson: "Das açoês populares civis no Direito brasileiro".
Revista forense, julio, 1951; págs. 36-52.

La acción popular que concedía la Constitución brasileña de 1934 tenía por objeto la declaración de nulidad o anulación de los actos lesivos al patrimonio de la Unión de los Estados o de los Municipios. Recorre el proceso preparatorio del texto legal y entra en el estudio de los precedentes en Derecho romano. Examina la lucha por su supervivencia en los Estados de fondo democrático y sus analogías y diferencias con los recursos por exceso de poder. Después entra propiamente en el estudio de la acción, examinando sus clases y analizando las diversas cuestiones que plantea: partes, litis-consorcio necesario en caso de diversos actores, carácter jurídico de la controversia, la sustitución procesal, el plazo para ejercitarla, la representación técnica de la parte, la temeridad en las partes y el peligro de procesos vinculados.

CARNELUTTI, Francesco: "Misericordia e grandezza dell'avvocatura". Jus, septiembre, 1951; págs. 413-419.

Texto de una conferencia pronunciada por el autor en Venecia en junio de 1951, en la que, después de estudiar la misión del abogado y las dificultades que se le oponen afirma, tomando base en una frase de Pascal, que el abogado es mísero porque no es más que parte, pero es grande por la posibilidad de aproximarse sin fin al todo.

CASTAN TOBENAS, José: "Poder judicial e independencia judicial".
Revista General de Legislación y Jurisprudencia, XCIX, 3; páginas 201-263.

Se reproduce la parte doctrinal del discurso del Presidente del Tribunal Supremo en la solemne apertura de los Tribunales, en el mes de septiembre de 1951, del que se da cumplida reseña en otra sección.

COUTURE, Eduardo J.: "Introdução ao estudo do Processo civil. O Processo. A. Senteça". Jornal do Fôro, XV, 95; págs. 84-101.

Estudia todos los conceptos que se han formulado del proceso: contrato, cuasicontrato, relación jurídica, situación jurídica, entidad jurídica compleja e institución, para adoptar una postura sincrética. La es-

estructura del proceso es la de un método de debate y como método no tiene fin en sí mismo, sino en cuanto sirve para resolver un conflicto de intereses públicos o privados y principalmente el aseguramiento integral de la realización del Derecho. Esta se verifica ante todo a través de la Sentencia, cuya estructura estudia. Al entrar a examinar su contenido sale al paso la división en cuatro tipos de sentencias: declarativas, constitutivas, condenatorias y cautelares. La dificultad estriba en que esta división es un tanto arbitraria, pues las sentencias participan de todas estas categorías, y sólo primordialmente puede decirse que pertenecen a cualquiera de ellas. Esta posición se defiende frente a la postura de Montesquieu y frente a su opuesta, según la cual el proceso es el Derecho. La Sentencia ni es pura lógica ni es pura experiencia, porque el juez tiene sustancia humana. De su dignidad depende la dignidad del Derecho.

C. NUÑEZ, Ricardo: "Iniusta petitio", falsedad ideológica y estafa procesal". *La Ley*, 18 de septiembre de 1951; págs. 1-4.

A propósito de un caso de falseamiento de la verdad para obtener por la declaración en una Sentencia la prescripción de un inmueble, estudia la postura de la parte, de la dirección técnica, de los testigos y del Juez para analizar la conducta de cada uno dentro de una orientación moral y legal del proceso.

C. NUÑEZ, Ricardo: "Interrupción de la prescripción por la "secuela del juicio". *La Ley*, 13 de agosto de 1951; págs. 1-3.

Analiza el significado que hay que dar a la expresión "secuela del juicio" encontrando en la doctrina los de "juicio abierto" y "estado de la causa en movimiento", para combatirlos y sentar la tesis de que se refiere únicamente a la realización de actos procesales que hagan proseguir el juicio. De ahí va deduciendo que la interrupción y la secuela del juicio sólo se refiere a la prescripción de la acción, que lo que interrumpe es el juicio en su acepción estricta y que sólo interrumpen los actos comprendidos en el trámite legal del juicio.

GARCIA MORENO, Aniano: "La capacidad civil del demandado". *Boletín de la Justicia Municipal*, VII, 230; págs. 1850-1852.

Estudia el problema que plantea la capacidad procesal en un sistema en que, como el nuestro existe una limitación casi absoluta de poderes de intervención del juez y un abandono total a las partes de las denuncias de defectos en los presupuestos procesales. Diferencia los tres casos posibles: comparecencia por representación o con asistencia; comparecencia por sí; no comparecencia. El problema no se plantea en el juicio de pequeña cuantía.

GOLDSCHMIDT, Werner: "Validez y alcance del artículo 13 del Código civil argentino". *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina)*, XIV, 3; págs. 373-401.

Plantea los problemas que presenta este artículo, a saber: la alegación por las partes o aplicación de oficio por el Juez y la carga de la prueba para las partes o la inquisición oficial por el Juez del Derecho extranjero. Encuadra el tema en su base netamente procesal con independencia de la base iusfilosófica, iusprivatista internacional, iusconstitucional y de las instituciones de Derecho privado. Extrae las consecuencias de este encuadramiento y estudia en la literatura jurídica la valoración de las mismas. Finalmente interpreta el art. 13, su ámbito y alcance.

HERRAIZ, José Leandro: "Crisis en la administración de justicia". *Revista General de Derecho*, VII, 81; págs. 282-286.

Se refiere al discurso pronunciado por Su Santidad a la Sagrada Rota Romana, según el cual la crisis en la administración de justicia hay que buscarla principalmente en el positivismo jurídico y en el absolutismo del Estado. Estudia la ley y los fundamentos de justicia para deducir con Ferrero que no tiene otra misión que la de ser un "signo aproximativo" de justicia que el magistrado convierte en justicia con su aplicación, para lo cual ha de actuar más conforme a los consejos de su conciencia que a los límites estrictos de interpretación.

MELGRE, Domingo Manuel: "O principio dispositivo e o principio inquisitorio no processo civil". *Revista da Ordem dos Advogados*, XI, 1-2; págs. 282-306.

Estudia el principio dispositivo en sus más puras concepciones y el principio inquisitorio en su expresión extrema. Examina a continuación los temperamentos posibles entre ambas formulaciones que permiten la adopción de posturas intermedias.

PERALTA, Carlos E.: "Clasificación de las acciones". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala*, IV, 10; páginas 36-50.

Dado el carácter de institución autónoma de la acción y su naturaleza singular pueden clasificarse las distintas clases de acciones por el derecho que garantizan, por el fin que persiguen o por la forma con que aparecen en el proceso, que es donde se manifiestan más claramente. Estudia las clasificaciones que ofrece el Derecho romano y las elaboradas por Chiovenda, Calamandrei, Rocco y Alsina. Concluye con una clasificación propia basada en el objeto, la naturaleza del derecho y la forma procesal.

PEREZ MERCADO, R. B.: "Reconocimiento, validez y medios para hacer efectivas sentencias extranjeras en Puerto Rico". *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, XX, 4; págs. 346-367.

Después de una breve introducción comienza estudiando los medios de reconocimiento de las sentencias extranjeras: por tratados internacionales, por legislación y por doctrina judicial. Estudia el problema en los Estados Unidos con la exposición de las tesis de reciprocidad y cortesía internacional. Expone la legislación de Puerto Rico, contenida en el Código civil y Código de Procedimiento civil y su constitucionalidad con arreglo a la situación especial de la soberanía portorriqueña. A continuación el procedimiento apto para hacer efectivas dichas sentencias y los motivos para su impugnación. Termina con la consideración de la moneda para hacer efectivas las obligaciones: es necesario que la sentencia condene a base de la moneda legal y el equivalente se establece por el tipo de cambio al presentar la demanda.

PIETRI, Alejandro: "Una Sentencia de la Casación venezolana". *Revista de Derecho y Legislación (Caracas)*, XL, 482-484; págs. 170-178.

Resalta una Sentencia de la Sala de Casación que establece que, para obviar el defecto de forma del libelo de demanda, debe el demandado oponer la excepción correspondiente "in limine litis". Opone la doctrina de que las excepciones dilatorias podían ejercitarse con las defensas de fondo y que dichas alegaciones, después de haber sido desechadas como dilatorias, pueden oponerse como perentorias. Frente a esta doctrina se levanta otra más moderna de la que es efecto la contenida en la sentencia a la que el autor se adhiere, después de publicado el Código de Procedimiento civil de 1916.

P. TORREBLANCA, José Antonio: "Libros para la Justicia". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, V, 171; págs. 3-6.

Comenta el hecho de que las Bibliotecas de las Audiencias se van enriqueciendo con los libros y suscripciones facilitados por la Sección de publicaciones del Ministerio de Justicia. Estudia la evolución legislativa de este servicio a partir del Real Decreto de 6 de octubre de 1885. La eficacia de su ordenamiento actual, los criterios seguidos en la selección y la cuantía de obras enviadas. Considera que esta tutela del Estado es un hito progresivo en el avance de la independencia judicial.

3. Parte especial

ARLAS, Jose A.: "Juicio de desalojo". *Revista de Derecho Público y Privado (Montevideo)*, XIII, 156; págs. 323-343, y XIV, 157; páginas 3-20.

Estudia el juicio sumario del desalojo en el que contempla al principio el concepto y ensaya la definición. Desarrolla a continuación el estudio de su objeto, condiciones, naturaleza jurídica y evolución histórico-legislativa. Examina las partes en el juicio de desalojo, distinguiendo las legitimadas activamente, entre las que diferencia el arrendador, subarrendador, titular de un derecho de goce en los bienes arrendados, el poseedor, acreedor anticrético, los que dieron en precario, y el fiador y los legitimados pasivamente: arrendatario, subarrendatario, encargados y guardadores, ocupantes en precario, ex-condueño, aparceros o medianeros y huéspedes, en el caso de un hotel o pensión. Estudia finalmente los casos en que puede promoverse, distinguiendo los arrendamientos rústicos de los urbanos y encuadrándolos en las distintas leyes de emergencia.

BARREDO DE VALENZUELA, A.: "Desahucio por perturbación social". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto, 1951; págs. 105-111.

Estudio exegético del Decreto-Ley de 20 de abril de 1951. Comienza considerando el fin que se propone el Decreto-Ley y su justificación. Luego entra a examinar concretamente la jurisdicción competente, el origen de la acción que se ejercita, los delitos o faltas que la llevan consigo como consecuencia, el procedimiento que ha de seguirse, el fallo que recaiga y las secuelas generales o particulares que lleve consigo.

CAMPOY GARCIA, Antonio: "Una nueva defensa en la ejecución por letra de cambio". *Revista General de Derecho*, VII, 81; págs. 287-294.

Trata de exponer la verdadera naturaleza del proceso ejecutivo español por sus antecedentes y por el estado actual de la institución. La singularidad en el ejecutivo por letra de cambio se manifiesta en el problema de las excepciones oponibles, que no resuelve solamente el Derecho procesal, pues el art. 480 del Código de comercio impone más escasos medios de defensa al demandado aceptante. Estudia el alcance del 480 y el eclecticismo resultante de los diferentes efectos que produce la literalidad del documento cambiario, según las personas entre quienes se establezca la acción que del mismo emerge. Esto condiciona el ámbito del posible juicio ordinario posterior y a este respecto señala la senten-

cia de 20 de abril de 1949, dictada en juicio declarativo iniciado por falta de provisión de fondos y que se denegó porque hubo de ser puesta en el procedimiento ejecutivo y no se hizo.

CARBALLA, Juan B.: "Naturaleza jurídica de las Sentencias civiles en el delito de quiebra". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, II, 2;* págs. 382-420.

El intento consiste en determinar la naturaleza de la Sentencia de declaración y de calificación de la quiebra hecho por el juez civil. Comienza estudiando el momento consumativo del delito de quiebra fraudulenta con las teorías y jurisprudencia que acompañaron al Código de 1889 y 1934. Concluye que la declaración de quiebra es una condición objetiva de punibilidad y la Sentencia de calificación civil es condición de procedibilidad. La mayor parte del trabajo está dedicada al examen de ambas condiciones para, con esos elementos de juicio, confirmar los momentos característicos de la quiebra y su verdadera naturaleza jurídica.

FERNANDEZ BOBADILLA, Fernando: "Las costas en los procesos de arrendamientos rústicos". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia, V, 173;* págs. 3-6.

Cunde el error de que actualmente no es preceptiva la imposición de costas en los procedimientos arrendaticios rústicos. Lo cierto es que no hay ninguna norma general sobre la materia, pero entre muchos casos entregados a la apreciación de temeridad y mala fe por el juez hay otros en que la ley las establece preceptivamente. Estudia positivamente las leyes arrendaticias en orden a éste punto y termina exponiendo los casos en que la ley impone taxativamente las costas, según la interpretación del autor.

FERNANDEZ BOBADILLA, Fernando: "El acto de conciliación y su posible reforma". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia, V, 175;* págs. 3-5.

Entre las muchas opiniones que se han vertido sobre el acto de conciliación, su desaparición o su reforma, se inclina por esta última. Estudia estadísticamente las causas por las que la conciliación es inoperante y las que la hacen deseable y traza un esquema de lo que debe ser la conciliación, que desdobra en la previa notificación de la pretensión del actor y su decisión de entablar litigio y en segundo lugar la celebración de la conciliación. Solamente cuando el demandado solicite también la conciliación debe darse cauce a ésta.

FERNANDEZ ULIBARRI, Mariano: "Estudio de los plazos de ejecución de las Sentencias dictadas en los juicios de desahucio en relación con las diferentes causas de resolución de contratos de arrendamientos de viviendas o locales de negocio". *Revista General de Derecho*, VII, 82-83; págs. 377-379.

Clasifica las causas de resolución de los contratos arrendaticios urbanos del art. 149 de la Ley de Arrendamientos, según estén producidas por actos del arrendatario o por motivos ajenos a su voluntad. Después de justificar la resolución en cada uno de los casos, examina los plazos que son los mismos para casi todos, lo que encuentra irregular, pues unos son culpables del desahucio y para otros es una desgracia, sin que tenga fuerza el argumento de la escasez de viviendas, igual para todos.

HERNANDEZ LOPEZ, Rafael: "Incidente sobre divergencia en la estimación de la cuantía litigiosa". *Boletín de la Justicia Municipal*, VII, 228; págs. 1810-1813.

Separa para el estudio del tema los Juzgados de paz, en los que estudia sin solución de continuidad el procedimiento y los Municipales y Comarcales en los que subdivide los juicios verbales y de cognición en el que se suscitan dudas tan grandes que se llega a descartar la aplicación del art. 496 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Pero el camino acertado consiste en atemperarlo a la especial naturaleza de estos mismos juicios. Bajo este principio expone el procedimiento a seguir.

LOPEZ ALARCON, Mariano: "En torno al acto de conciliación". *Boletín de la Justicia Municipal*, VII, 229; págs. 1830-1834.

Defensa del acto de conciliación frente a los ataques que recibe, aunque adaptándolo al fin de reducir el número de pleitos. Para ello es necesario retocar su estructura actual en el siguiente sentido: no intervención de hombres buenos ni de profesionales; obligación de concurrencia a las partes; presencia del juez y facultad de aportar información y asesoramientos para poder señalar soluciones; inversión de las sesiones necesarias; demora prudente para adoptar la resolución.

MEJIAS GONZALEZ, Manuel: "Prescripción de la acción reintegradora de la disposición transitoria sexta de la Ley de Arrendamientos rústicos de 28 de junio de 1940". *Revista General de Derecho*, VII, 81; páginas 295-298.

Estudia la acción reintegradora del arrendatario desahuciado por falta de pago a consecuencia de la guerra civil, especialmente en cuanto al problema de su prescriptibilidad. La doctrina lo resolvió de desigual

forma, aunque inclinándose a considerar esta acción sometida a prescripción. La Jurisprudencia no se había resuelto hasta la Sentencia de 26 de marzo de 1951, en que el recurrente sostuvo, contra la Sentencia de la Audiencia, la prescriptibilidad. Dentro del criterio de la prescripción caben dos soluciones: la de quince años de las acciones personales y la de un año de las reintegradoras de la posesión. El Tribunal Supremo se inclina por esta última solución. Y aunque una sola Sentencia no constituye Jurisprudencia, puede considerarse que la acción reintegradora ya no subsiste.

MIRANDA CORREA, Luis: "Los interdictos de retener y recobrar a la luz de la Jurisprudencia portorriqueña". *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, XX, 4; págs. 368-404.

Estudio completo de estos interdictos que comienza por su origen romano, puesto que en Puerto Rico se reprodujeron de la legislación procesal española. Después de exponer brevemente su naturaleza hace un estudio comparativo de la legislación española y de la de 1913. Estudia el tipo de posesión que los interdictos protegen. Y se preocupa de la naturaleza de la "injunction" que en la legislación de influencia americana está limitada a los inmuebles. El carácter sumario de los interdictos, sus diferencias en cuanto a sus fines y su procedimiento conjunto: competencia, límite de la acción posesoria y prueba admisible en el procedimiento sumario. El problema de la anualidad posesoria en relación con la caducidad—no prescripción—de la acción. La sentencia, las costas, la apelación y las relaciones con el "injunction" de no perturbación y la acción plenaria para recuperar la posesión.

MONTIEL MOLERO, C.: "Tercera instancia en los juicios de comiso". *Revista de Derecho y Legislación (Caracas)*, XL, 482-484; páginas 167-169.

Suprimida la tercera instancia en Venezuela, cuando se trata de juicios ordinarios, sobrevive en los fiscales. De ella toca conocer a la Corte federal y de Casación. Se dedica el autor a poner en claro la extensión de su jurisdicción y los puntos sobre que versa su decisión. Termina expresando la esperanza de que la tercera instancia desaparezca también en las infracciones fiscales.

PISERO RODRIGUEZ, Agustín: "¿Puede ser novado en un juicio de desahucio por falta de pago el contrato de arrendamiento de vivienda o de un negocio y evitar el lanzamiento consignándose en el acto del mismo las mensualidades debidas a razón de lo que resulte del Catastro de Urbana y no las que se determinan en la demanda?" *Boletín de la Justicia Municipal*, VII, 239; págs. 2030-2032.

El autor en un estudio de interpretación literal y sistemática concluye que no será posible la consignación y habrá que desahuciar por cuanto no

se ajusta la cantidad que intenta consignar a cuanto previenen los apartados a) y b) del art. 161 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

TAVARES, Froilán (H.): "Los títulos ejecutorios en el Derecho procesal civil dominicano". Revista jurídica dominicana, XII, 36; págs. 22-28.

Estudia los títulos que llevan aparejada ejecución en relación con la ejecución forzosa, con arreglo a la enumeración del Código de procedimiento civil dominicano. Define el título ejecutorio en general y los diversos títulos en particular y su naturaleza basada en la diferencia entre el título y el acto ejecutorio. Diseña la historia de tales títulos en la República dominicana y acaba dedicando un apartado al examen de los títulos administrativos en cuanto que su régimen constituye una derogación del Derecho común procesal.

TORRES AGUILAR, Juan: "El plazo de desalojo en los procesos arrendaticios urbanos". Boletín de la Justicia Municipal, VII, 226; páginas 1770-1777, y 227; págs. 1790-1793.

Este plazo, de una especialidad indiscutible por su origen, su transmisibilidad, fundamento y ampliabilidad judicial se estudia en su naturaleza y su desarrollo desde el nacimiento a la extinción desglosada en sus diversas causas. Se examina después la prórroga judicial que no se califica de verdadero plazo, pues es discrecional y tiene su momento procesal para solicitarla. Cabe la posibilidad del remedio de reposición y apelación. Concluye, por tanto, que constituye un verdadero derecho subjetivo.

TORRES AGUILAR, Juan: "Contienda sobre la cuantía en el proceso de cognición". Boletín de la Justicia Municipal, VII, 232; págs. 1893-1898.

Estudia el incidente por divergencia en la estimación de la cuantía litigiosa que presenta problemas difíciles, debidos a la reunión o asimilación de normas entre procesos de tan opuesta naturaleza como son el de cognición y el verbal y las diversas derivaciones prácticas de los mismos, diferenciando con el art. 496 de la Ley de Enjuiciamiento civil los supuestos de competencia "ad valorem" e "incompetencia".

TORRES AGUILAR, Juan: "Alrededor de la remoción del depositario en el embargo preventivo". Boletín de la Justicia Municipal, VII, 237; páginas 1990-1993.

Estudio del embargo preventivo como medida cautelar en su naturaleza, justificación y requisitos. Trata de algunos problemas particulares como designación de nuevo depositario, desplazamiento de bienes para mejor custodia y consideración en el embargo como muebles de bienes que legalmente son inmuebles, lo que acarrea la nulidad procesal del acto.

**RESOLUCIONES DE LA
DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO**

Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA,
Letrado del M. de Justicia.
Registrador de la Propiedad.

Partición hereditaria y autocontratación

RESOLUCION DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1951

Planteado el problema de si el defensor judicial de un menor emancipado, que es también apoderado del padre de aquél, puede liquidar legalmente la sociedad económica conyugal y dividir la herencia de la madre, el de si es o no suficiente el poder otorgado, y el de si la aprobación judicial de la partición salva el obstáculo para la inscripción, derivado de la doble representación legal y voluntaria, opuesto por el Registrador; confirmada la denegación por el correspondiente auto presidencial, la Dirección General la ratifica en virtud de la siguiente doctrina:

A) *La autocontratación, o contratación consigo mismo, comprende los supuestos de que una persona como representante de otra concierte con ella algún contrato, y de que un mismo sujeto que ostenta la representación de otros concluya entre ellos algún negocio con una sola decisión, aunque con varias declaraciones de voluntad, lo cual entraña peligros para la seguridad jurídica.*

B) *Reconocida en el caso planteado la existencia de un autocontrato, nada habría que oponerle siempre que se hubieran conferido al representante facultades explícitas para celebrarlo.*

C) *La autocontratación debe quedar excluida cuando las operaciones a que afecte impliquen oposición de intereses, supuesto que concurre en el presente caso, ya que la dualidad de representaciones no puede por sí misma evitarla, sin que tampoco quepa admitir que el representante haya dictado una especie de laudo o sentencia arbitral, por no haberse cumplido los requisitos que para ambos exige la Ley de Enjuiciamiento civil.*

D) *Otorgado el poder en términos generales, el apoderado carece de facultades para celebrar el autocontrato, por ser criterio jurisprudencial reiterado que las atribuciones conferidas son de interpretación estricta.*

E) *El auto judicial aprobatorio de las operaciones particionales incorporadas o no a un protocolo notarial no tiene virtualidad suficiente para subsanar los defectos de capacidad del otorgante.*

COMENTARIO.—Véanse las Sentencias de 14 de enero de 1896, 1 de julio de 1901, 17 de junio de 1903, 9 de octubre y 22 de diciembre de 1908, 6 de marzo, 9 de junio de 1909, 9 de enero de 1912, 27 de mayo de 1915, 30 de mayo de 1923, 18 de junio de 1929, 24 de marzo de 1930 y 6 de no-

viembre de 1934; y las Resoluciones de 14 de junio de 1897, 28 de julio de 1899, 24 de diciembre de 1900, 9 de octubre de 1901, 5 de octubre de 1906, 31 de enero y 12 de julio de 1913; 9 de febrero de 1921, 29 de diciembre de 1922, 27 de junio de 1924, 30 de mayo de 1930, 3 de noviembre de 1923, 23 de enero y 9 de marzo de 1943, 4 de mayo de 1944, 11 de abril de 1945 y 9 de febrero de 1946, citadas todas en la que extractamos y que ratifican la doble y acertada solución de la insuficiencia convalidatoria del auto judicial respecto del consentimiento defectivo y la exigencia de la doble condición de concurrencia de varias representaciones y no oposición de intereses para que el autocontrato sea lícito.

Función notarial típica

RESOLUCION DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1951

El 10 de diciembre de 1946 fué autorizada una escritura de constitución de Sociedad de responsabilidad limitada, en cuyo contenido se establece la denominación, el objeto social, prohibiciones, así como que se regiría por los Estatutos o pactos que, redactados previamente por los comparecientes, se entregaron al Notario para su protocolización e incorporación a la escritura matriz. Presentada ésta en el Registro Mercantil, se denegó su inscripción por diversos motivos, el más importante de los cuales fué el siguiente: "No cumplirse lo dispuesto en los arts. 119 del Código de Comercio y 17 de la Ley Orgánica del notariado, toda vez que lo que se interesa inscribir es un documento privado, protocolado". Solicitada y denegada la reforma de la anterior calificación, la Dirección declara no inscribible el referido título en virtud de las siguientes razones:

A) *La falta de normas concretas aplicables a la Sociedad de responsabilidad limitada impone la necesidad de que consten en el instrumento fundacional todos los requisitos personales, reales y de funcionamiento de la empresa que, con las demás circunstancias que debe contener la inscripción en el Registro mercantil, se declara indispensable en el art. 125 del Reglamento de 20 de septiembre de 1919 para las diversas clases de sociedades.*

B) *Si el Notario es el funcionario autorizado para dar fe conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales, debe redactar los instrumentos públicos interpretando la voluntad de las partes para adaptarla a las formalidades legales, actividad que no parece resultar de la reducida intervención que tuvo en el supuesto objeto del recurso.*

C) *Consentir que circunstancias esenciales de los documentos públicos figuren incorporadas en forma de apéndices, como fueron unidos los Estatutos en el caso discutido, constituye una evidente deformación del instrumento notarial, contraria a la claridad y precisión deseables en las re-*

laciones jurídicas y a la finalidad propuesta por la Ley al requerir la exigencia de cierta forma en determinados negocios jurídicos.

COMENTARIO.—Véanse las Resoluciones de 3 de junio de 1944, 15 de enero de 1945 y 21 de enero de 1946.

Revocación de testamento

RESOLUCION DE 18 DE DICIEMBRE DE 1951

El causante otorgó un primer testamento en que instituía únicos y universales herederos a su esposa e hijos habidos del matrimonio; posteriormente otorga nueva disposición testamentaria en la que declara tener otro hijo extramatrimonial, al que reconoce y concede los mismos derechos hereditarios que a los hijos legítimos, de acuerdo con el art. 43 de la Constitución de 1931. En el cuaderno particional, el contador, al referirse a "la ley de sucesión", declara que el segundo testamento no lo es tal, y debe considerarse nulo, puesto que ratificando lo establecido en el anterior, sólo contiene de nuevo el reconocimiento del ilegítimo. Y este reconocimiento fué hecho al amparo de normas constitucionales programáticas sin desarrollo ni eficacia legislativa suficiente para derogar el artículo 139 del Código civil, que limita a los alimentos los derechos hereditarios de aquel descendiente.

Presentado el documento particional en el Registro fué denegada la inscripción por el defecto insubsanable de no ajustarse a la verdadera voluntad del testador—el segundo testamento—, y haberse realizado consiguientemente todas las operaciones con omisión y desconocimiento del hijo ilegítimo. También se señalan defectos subsanables de menor trascendencia.

Ratificado el criterio registral denegatorio por el Presidente de la Audiencia, la Dirección declara no inscribible la escritura, estableciendo la siguiente doctrina:

A) *El principio establecido en el art. 739 del Código civil no debe interpretarse con tan absoluto rigor que impida la coexistencia de disposiciones testamentarias complementarias o aclaratorias, según declara la Resolución de 18 de junio de 1947, y siempre ha de armonizarse con el 675, por lo cual se infiere que el último testamento, de contenido muy concreto, puede estimarse compatible con la ordenación de voluntad manifestada anteriormente.*

B) *Los contadores partidores a que se refiere el art. 1.057 del Código civil tienen amplias facultades para interpretar y cumplir la voluntad del testador y, al efecto, pueden hacer las declaraciones unilaterales necesarias, pero sin que aquellas alcancen a declarar por sí mulo e ineficaz un testamento del causante, o alguna de sus cláusulas, ni a prescindir de los derechos sucesorios concedidos por el padre al hijo ilegítimo, como se hace en el presente caso, ya que tales cuestiones corresponden a los Tribunales de Justicia.*

COMENTARIO.—Véanse las *Sentencias* de 2 de noviembre de 1932, 18 de mayo de 1933, 21 de noviembre de 1934, 11 de marzo de 1940, 17 de octubre de 1944 y 26 de julio de 1951; y las *Resoluciones* de la Dirección de 11 de diciembre de 1929, 4 de octubre y 15 de diciembre de 1933, 21 de noviembre de 1934, 9 de junio de 1936, 22 de junio de 1939, 2 de marzo de 1940, 15 de junio de 1943, 28 de marzo de 1944, 28 de abril de 1945, 18 de junio de 1947, 22 de diciembre de 1949 y 28 de febrero de 1951.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

El contrato de corretaje o mediación

SENTENCIA 3 DE JUNIO 1950 (*)

COMENTARIO.—1. La sentencia objeto de nuestro comentario presenta el caso, muy frecuente en el corretaje o mediación, en que para eludir el pago de la remuneración ofrecida por el oferente o mediado, éste se aparta del mediador o corredor, renunciando a la conclusión del contrato propuesto, ya al dar por rescindido el encargo o bien al interponer otra persona, para después llevarla a cabo directamente con el tercero, hallado gracias a la actividad de aquel mediador.

Al carecer el corretaje de una estructuración positiva en nuestra actual legislación, el Tribunal Supremo se decidió, en diversas ocasiones (1), a pronunciarse, no sólo en cuanto a la cuestión objeto de litigio entre las partes, sino a «calificar» (si empleamos su propia terminología) y regular este contrato olvidado en el Código civil. Pero en materia de corretaje o mediación, más que olvido, es cierta confusión con otras figuras afines a que presentan tanto el Código civil como el de comercio.

El Tribunal Supremo, si bien en un primer momento no distingue, igualmente, al corretaje con el mandato y la comisión mercantil (2), posteriormente, lo discrimina netamente y lo considera un contrato autónomo e independiente (3), y señala sus diferencias con los anteriores contratos (4).

Ahora bien, si por una parte, en cuanto a la distribución de justicia este alto Tribunal logro resolver prudentemente la pugna entre las partes litigantes, no fué tan afortunado al asumir una función integradora o normativa para suplir la laguna que la falta de tal contrato implica en el campo de la contratación positiva (5).

(*) *Vide.* antecedentes, motivos y considerandos, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, III-3 (1950), 972.

(1) SS. 2 diciembre 1902, 26 noviembre 1919, 10 enero 1922, 7 abril 1926 y 5 julio 1946.

(2) El corretaje ha sido considerado como mandato o comisión mercantil por las SS. 2 diciembre 1902 y 26 noviembre 1919.

(3) S. 10 enero 1922.

(4) S. 7 abril 1926.

(5) Sobre la cuestión de si la jurisprudencia y el arbitrio judicial son fuente de Derecho es un problema que no se examina aquí. Para una información amplia: ALVARO D'ORS: *De la «prudentia iuris» a la «jurisprudencia del Tribunal Supremo», en Información Jurídica*, 55 (1947) 63; FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *¿La Ciencia libre del Derecho, es fuente primaria del Derecho?*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1-2 (1948), 565; CASTÁN: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, 1947; PUIG BRUYAU: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, s. f. (1951).

La actual sentencia de 3 de junio de 1950, en vista de la insuficiencia legal existente sobre el corretaje, vuelve otra vez, al igual que la de 10 de enero de 1922, a reproducernos lo allí expuesto y a calificar nuevamente dicho contrato. El pretender señalar su significado y contenido, en un terreno doctrinal, es cuestión de una importancia indudable y con unas consecuencias prácticas insoslayables para la previsión de tal figura contractual, sobre todo en lo que puede referirse a ciertas materias y relaciones todavía no contempladas.

El Tribunal Supremo, al pronunciarse una vez más sobre el contrato de mediación o corretaje en el aspecto doctrinal, como entonces, no ha sido consecuente y ha sentado, a nuestro juicio, una tesis errónea en cuanto a su genuina función y cometido. El objeto fundamental, pues, de nuestro comentario es tratar de exponer las contradicciones y el desenfoque que en el fondo incurre esta sentencia, al querer proveernos de un bagaje teórico e instrumental normativo sobre el corretaje.

2. Por una parte, la sentencia afirma:

«Que el contrato de mediación o corretaje... es el que tiene lugar cuando la intervención de una persona queda reducida a poner en relación a otras dos para la celebración de un contrato, sin contratar aquélla en nombre propio ni en el de su pretendido comitente.»

En otra parte, manifiesta que ha de considerarse:

«Como un contrato innominado *factio ut des*, principal, consensual, bilateral, que impone a las partes derechos y obligaciones y que se rige por las disposiciones contenidas en los títulos I y II del libro IV del Código civil.»

Además, en otro lugar, dice que:

«Si bien el contrato de mediación o corretaje presenta frente al mandato al arrendamiento de servicios y los demás contratos a que ha intentado asimilarle una característica diferencial, a saber que la retribución que al mediador ha de darse por el mandante, sólo se debe en el caso que el negocio principal se realice o concluya.»

Estos tres pasajes de la sentencia nos muestran un desacuerdo y una falta de unidad en cuanto al modo de tratar el contrato de corretaje. Por un lado, se limita su contenido, al decir que la intervención de una persona «queda reducida a poner en relación a otras dos»; por otro lado, se le da unas características y una amplitud insospechadas al someterlo a las disposiciones contenidas en los títulos I y II del libro IV del Código civil; por último, se contradice al denominarlo principal en un principio, y considerarlo accesorio, posteriormente, al manifestar que «la retribución que al mediador ha de darse sólo se debe en el caso de que el negocio principal se realice o concluya».

Tal desacuerdo y falta de unidad en la sentencia, así como la incorrección terminológica en que a veces incurre (6), son consecuencia de un entremezclamiento del aspecto doctrinal adoptado, con una práctica social consuetudinaria, un tanto distanciada de ese aspecto.

En cuanto a tal aspecto doctrinal, no sabemos cuáles han sido las razones

(6) A pesar de haber diferenciado el corretaje del mandato, del arrendamiento de servicios y demás contratos, le llama «mandante» o «comitente» al mediado u oferente. Habla indistintamente, para este caso concreto, de gestión de «trabajos» y de «servicios».

que impulsaron al ponente de la sentencia de 10 de enero de 1922, don Valentín Escribano, a declarar que el corretaje se trataba de un contrato *facio ut des*, principal, consensual y bilateral. Lo que si intuimos y observamos es que al dictarse la actual se procedió con una inercia y rutina un tanto despreocupada (7), al reproducirse literalmente, en este aspecto doctrinal, lo dicho en aquella.

Ahora bien, la práctica cotidiana nos demuestra que cuando necesitamos de un corredor y acudimos a él para que nos ponga en contacto o realice determinada gestión con otra persona para comprar, vender o realizar otro negocio cualquiera, y le ofrecemos un tanto por ciento o una parte de la ganancia a obtener, no por ello queda vinculado y obligado de tal forma que responda ante nosotros de la gestión incumplida; si la realiza, sabe que obtiene el premio, de lo contrario, si no cumple no recibirá nada; la simple expectativa de la ganancia se esfumará y no llegará a obtenerla.

Ante esta duplicidad de facetas, en la que una se concreta y determina el corretaje como un contrato principal y bilateral, frente a la otra, en que aparece como unilateral y accesorio, existe una grave contradicción que, en relaciones futuras, podría crear un verdadero conflicto, con particular trascendencia y alcance en la distribución de justicia. La responsabilidad a que vendría sometido el corredor, si su gestión se tratase de una obligación deducida de un contrato bilateral y principal (según el Tribunal Supremo mantiene en las sentencias del año 1922 y la actual), engendraría consecuencias y efectos muy distintos a como aparece en la realidad social y en el tráfico cotidiano y numeroso de las relaciones sin este alcance.

Estamos, pues, ante un caso de divergencia entre una forma de «tipicidad social» frente a otra de «tipicidad normativa» (8). El problema a resolver es cual de ellas obtendrá la primacía: ¿la social o la normativa?

Mucho respeto nos merece la interpretación de nuestro más alto Tribunal de Justicia y, en este caso, bastante más convincente sería su punto de vista, al ser dos las sentencias dictadas (la de 1922 y la actual, con lo cual se viene a crear «doctrina legal» en la materia; pero a pesar de tales consideraciones, en este aspecto, discrepamos divergentemente de su particular decisión.

Favorecidos por la carencia de normas legisladas e identificados con esa «tipicidad social»—mucho más convincente que la doctrina del Tribunal Supremo, que no refleja una conciencia y una adecuación práctica de la institución— concebimos el contrato de corretaje o mediación como un contrato unilateral, accesorio, condicional, consensual, que no impone, como consecuencia, más deberes y derechos que los derivados de su peculiar y concreta naturaleza.

Pero tal afirmación requiere, a la par que examinamos los diversos matices de la presente sentencia, una eficiente demostración y fundamento.

(7) Un detalle que nos lo advierte es el descuido y la falta de visión crítica en lo referente a la errata de la palabra *facio* que, tanto en la S. de 10 enero de 1922 (reproducida en la «Colección Legislativa»), como en la actual, está escrita «*fatio*».

(8) En la terminología de GRASSERI: *L'interpretazione del negozio giuridico, con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, pág. 167, sería «tipicidad legislativa» esta última. Pero decimos «normativa» porque, entre nosotros, la jurisprudencia, preceptivamente, no es fuente de Derecho (art. 6 del Código civil).

3. El problema, pues, del contrato de corretaje o mediación se centra en este punto: ¿Queda obligado el corredor en virtud del ofrecimiento del mediado u oferente para que le proporcione o gestione un negocio jurídico con un tercero o mediatario?

De su contestación afirmativa o negativa depende el atribuirle una naturaleza bilateral o unilateral al contrato de corretaje, así como las demás características que le distinguen.

El Tribunal Supremo, a través de las sentencias contempladas hasta ahora, no toca de ningún modo este punto. No se puede asegurar si es debido a que no se presentó el caso en litigio o bien porque a nadie se le ocurre exigir responsabilidad del corredor donde se sabe que no queda obligado para nada. Al faltar una sanción legislativa o jurisprudencial, ¿es acaso consecuente el atribuir al corretaje una naturaleza bilateral? Si tan sólo existen obligaciones para una de las partes (el oferente o mediado), que se compromete, mediante su declaración de voluntad aceptada por el corredor, a pagar el premio de la gestión ofrecida y realizada, es absurdo concluir una naturaleza bilateral del contrato de corretaje.

Por el contrario, frente a esa consideración bilateral enunciada por el Tribunal Supremo, observamos cómo el propio Tribunal, en la sentencia de 10 de enero de 1922, únicamente exigía y hacía responsable al oferente por culpa o negligencia una vez perfeccionado el contrato o consumado en parte.

Un síntoma claro, que nos revela la conciencia social de la no obligatoriedad del corredor es que, hasta ahora, por tal motivo de su incumplimiento, tampoco se ha presentado ante el Tribunal Supremo ningún recurso de casación. Esto es lógico, porque a nadie se le ocurre demandar al corredor que no lleva a cabo la gestión ofrecida o que la realiza a medias o incluso sin la diligencia necesaria, puesto que él a nada quedó obligado, sino todo lo contrario; es el oferente o mediado quien se compromete y obliga al pago de un premio si la gestión ofrecida se realiza o concluye.

Tal criterio «popular» se puede ver reflejado y comprobado en el resultando segundo de la sentencia de 10 de enero de 1922. El recurrente alega que «un Agente, un mediador, un corredor desempeña una función subalterna y aleatoria, sin la seguridad y firmeza de los trabajos profesionales, puesto que no necesita actividad científica alguna ni preparación especial, y cuando realiza un negocio cobra precios desproporcionados con sus estudios, con su preparación y con su esfuerzo, y por ello es natural que, cuando el negocio se frustra, quede también fracasado su interés, aunque el percance haya ocurrido sin culpa suya». En el caso de autos no se estimó el recurso, porque el contrato principal se había perfeccionado y consumado en parte, y al oferente se le condenó a pagar el premio ofrecido. Lo cual nos demuestra, una vez más, que la responsabilidad tan sólo se exige al oferente o mediado, y nunca al corredor o mediador.

Al ser el corretaje de naturaleza unilateral y, por lo tanto, crear tan sólo deberes y responsabilidades para una de las partes (al oferente o mediado), los efectos del contrato vienen referidos a un campo muy limitado.

El corredor o mediador estará exento de responsabilidad. Por su simple aceptación de la gestión propuesta le dará derecho a exigir el premio ofrecido si actúa y si llega a un feliz término la gestión principal. Su voluntad interviene únicamente en un sentido determinado: el resto de su actitud es mera.

mente pasiva: tiene que esperar a que el negocio principal se realice, cosa que la mayor parte de las veces no se logra. Por ello, ante esta doble faceta, en que predomina un carácter eminentemente aleatorio, sería inícuo el haberse creado un vínculo y un deber: donde, si por un lado, en parte dependía de su voluntad el logro de una determinada gestión, por otro, era ajeno a ella, lo cual llevaría fatalmente, en muchos casos, a una responsabilidad por hechos y actos ajenos. La injusticia que en el fondo entrañaría tal sujeción tiene su reflejo real en la conciencia de la no obligatoriedad del corredor. Así lo demuestra, igualmente, aunque frente a sus propios postulados, la presente sentencia cuando observa «que habían realizado por su parte (los corredores) cuantas gestiones fueron menester para el feliz resultado»; y también de la obligación que contrae el oferente de pagar el premio en cuanto a «las gestiones conducentes a la consecución del resultado propuesto; o sea, la aceptación de la indicada oferta, que se logró».

La irresponsabilidad que tiene el corredor resulta atenuada por la solvencia que procura observar, especialmente cuando hace de tales gestiones su oficio o profesión. Además, la perspectiva del premio (casi siempre muy superior a los gastos y molestias que el corretaje ocasiona) será el estímulo suficiente para que se emplee la mayor diligencia en el negocio. Un reflejo de tal pensamiento lo tenemos en la sentencia en examen, cuando manifiesta que «el demandado (oferente) encargó a los actores (corredores) (9) la realización de las gestiones necesarias para conseguir la aceptación por el M. I. C. de una oferta de venta de diez mil toneladas de trigo..., obligándose el demandado a retribuir a los actores». Es claro que para los corredores habla siempre de «encargo», y para el oferente, de «obligándose».

Con lo cual, todo ello hace consecuente nuestra afirmación de que el corretaje o mediación es simplemente un contrato unilateral al carecer el mediador u oferente de una facultad de exigencia frente al corredor (9 bis).

A la unilateralidad del corretaje hay que añadir su nota más sobresaliente: su aleatoriedad, tanto en la búsqueda del tercero que quiera contratar como en la necesidad del perfeccionamiento y consumación (parcial o total) del negocio, una vez hallado aquel.

4. Al señalar que el contrato de corretaje es unilateral y aleatorio se vislumbran inmediatamente sus otras dos notas características: la accesoriedad y condicionalidad del mismo.

(9) Igualmente, el «considerando» segundo habla, tan sólo, de «encargo de las gestiones y consiguiente premio en su caso».

(9 bis) Los Tribunales argentinos, en un «Convenio de corretaje para la venta de un inmueble por un precio determinado, reconociendo el propietario a favor del corredor y a título de comisión el excedente que obtuviera del comprador», se falló por el Juez que el propietario debía abonar el premio y era válido el negocio, puesto que esta clase de negocios son corrientes en plaza. La Cámara civil 1.ª falló en contra por medio del Dr. Barraquero, alegando la causa ilícita y le aplicó las normas del corretaje mercantil (arts. 98 y 99 del Código de comercio). Frente a él, el Dr. Alsina, con voto en contra, considera esta acción como vulgar y corriente en el negocio de inmuebles y perfectamente lícito, sin que alcance responsabilidad alguna al corredor. Cfr. BARCIA LÓPEZ, *La causa ilícita en el Derecho de obligaciones según el pensamiento de Vélez Sarstfield. Los textos del Código y la jurisprudencia argentina*, en «Estudios en Homenaje a don Dalmacio Vélez Sarstfield», Córdoba, 1950, pág. 249.

Que no es principal, en un sentido económico (10) y autónomo, es claro y patente, al ser un contrato que no tiene una existencia por sí mismo; si llega a surgir es a consecuencia de haberse realizado el negocio principal antecedente, presupuesto y previsto como objeto del propio corretaje, sin el cual, ni aparecerá (al fracasar las gestiones), ni se obtendrá tan siquiera el premio o ganancia por el corredor.

Por otra parte, hay que añadir que es condicional. La actividad del corredor es inoperante; se esfuma y queda improductiva si el negocio principal no llega a realizarse (perfeccionarse o consumarse). Todas las gestiones, «servicios» o «trabajos» (en terminología de la sentencia en examen) caen en el vacío; según vimos, el corredor no puede recabar compensación alguna.

Efectivamente, el Tribunal Supremo, en un principio, con palabras más dudosas, manifestó, en la sentencia de 2 de diciembre de 1902, que el derecho a ser remunerado por su oferente «depende del cumplimiento de la comisión». Posteriormente, con expresión que no da lugar a dudas, la sentencia de 26 de noviembre de 1919 manifiesta: «que la efectividad del pago del importe de la comisión del cinco por ciento del valor del terreno dependía del cumplimiento de una condición esencial consignada en dichos documentos de una manera clara, precisa y concluyente..., y como aquella condición no se ha cumplido...»; y finaliza diciendo «que se tenga por cumplida la condición de que dependía la efectividad de su derecho». También, la sentencia de 10 de enero de 1922, dice que «no quedó sujeto al cumplimiento de la condición de que este contrato se consumara»; y la de 7 de abril de 1926, que «habiendo quedado ya cumplida, con la venta del vapor «Donata», la condición a que se subordinó el devengo de la comisión y su pago al D. J. P.» (el corredor). Por último, la presente sentencia igualmente declara «que la retribución que al mediador ha de darse por el mandante, sólo se debe en el caso de que el negocio principal se realice o concluya»; doctrina, según esta sentencia, «que ha aceptado la jurisprudencia de esta Sala».

La oferta condicional en que el corretaje se realiza, también demuestra que sólo existe responsabilidad por parte del oferente (11). Cumplido el encargo o gestión por el corredor, el oferente es el que queda obligado al pago del premio si se concluyó el negocio principal. Esta dependencia a que está sometido el corredor, de que se realice el negocio principal, es absoluta. Ahora bien: si el mismo oferente impidiese el cumplimiento de la condición, y como consecuencia no se concluyese el negocio, entonces, en virtud del art. 1.110 del Código civil, se podrá condenar al oferente al pago del premio ofrecido, puesto que «se tendrá por cumplida la condición—según dicho artículo—cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento». Claro está, aquí la palabra «impedimento» tendrá un alcance que se derivará de una voluntad viciada por culpa.

(10) Jurídicamente, no es accesorio, pues tendría que haber una identidad de causa con el negocio principal, que, en realidad, aquí no existe.

(11) BOLAFFIO: *Tratti caratteristici del rapporto di mediazione*, en *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto*, pubblicati in onore di V. SCIALOJA, II (Milano, 1905), 6, observa que la prestación de la obra del corredor no es *in obligatione*, sino *in conditione*. En contra, CARSELUTTI: *La prestazione del rischio nella mediazione*, en *Rivista de Diritto commerciale*, 9 (1911), 19; AZZOLINA: *L'oggetto del contratto di mediazione*, en *Rivista di Diritto privato*, 11 (1941), 249.

dolo o fraude del oferente, y «para cuya estimación dice la sentencia de 26 de noviembre de 1910—sería también precisa una declaración de culpa contractual».

Igualmente sucede con la revocación dolosa del oferente, al objeto de aprovecharse de la actividad del corredor y no pagar el premio de la gestión ofrecido (12). Como muy bien estima el caso de autos de la sentencia en examen, el oferente vendrá obligado a pagar el premio, ya porque los corredores no dieron su consentimiento al manifestar, en el considerando segundo, que «no consta de la declaración de los hechos probados de la sentencia que los actores presentaran a ello su conformidad, y que la rescisión del contrato que el recurrente alega tuviera efecto», ya porque existe un nexo causal entre los actos realizados por los corredores y el resultado posteriormente obtenido, según hace observar el considerando tercero al proclamar que «puesto que habían realizado por su parte cuantas gestiones fueron menester para el feliz resultado, por fin conseguido; en cuanto a S. (el tercero), acreditó la disponibilidad del cereal, siendo debido a ella exclusivamente la no justificación de tal disponibilidad y habiéndose aprovechado el demandado de los servicios realizados por los autores (corredores) en el asunto que se les había encomendado (13)».

5. El problema de la naturaleza consensual o real del contrato de corretaje se plantea desde un punto de vista histórico, ya que el modo de concebir el corretaje en Roma es diferente a como actualmente se desenvuelve.

Para el Derecho romano, el corretaje o *contractus aestimatorius* era un contrato real innominado. Según SOHM (14), tiene lugar cuando una persona confía a otra determinada cosa para que la venda, fijándole un precio—*rem aestimatorum vendendam dare*—, y el que la recibe se obliga a devolverla o, en su lugar, el precio señalado; lo que por cima de éste pueda obtener de la venta es para el corredor.

Por el contrario, en el Derecho moderno, el corretaje tan sólo implica el que el corredor indique la oportunidad de celebrar un negocio, o bien sirva de intermediario para la celebración del mismo, por lo que obtiene un premio.

Ahora se observa que la *res*, la entrega de la cosa, ya no es el requisito esencial que revela el contenido y fundamento de la relación obligatoria. Por eso —concluye SOHM (15)—, que tan sólo los contratos reales del Derecho romano que han de perdurar en el Derecho moderno son los contratos reales natos, mientras que los innominados, como quiera que el consentimiento es considerado hoy día, por regla general, como fuente y fundamento de acciones, se han convertido por naturaleza en contratos consensuales.

Entre nosotros, el Tribunal Supremo, aunque enuncia el contrato de corretaje de naturaleza consensual, se contradice, en cierto modo, al manifestar que es un contrato *facto ut des*, lo cual supone atribuirle un carácter real. Actual-

(12) FINOCCHIARO: *Il contratto di mediazione*, cit. por AZZOLINA, op. cit. p. 258, le reconoce al oferente facultades para rescindir en cualquier momento la gestión encomendada al corredor sin indemnización de daños; igualmente, a excepción del caso de mala fe, PIPIA: *Tratato di Diritto commerciale*, I (Torino, 1913), 448 y 467.

(13) La falta de este nexo causal puede verse en S. 8 mayo 1920.

(14) RODOLFO SOHM: *Instituciones de Derecho privado romano* 17. trad. esp. (Madrid, 1936) 366, n. 1.

(15) SOHM: *Op. cit.*, p. 367 n. 2; también JÖNS-KUNDEL: *Derecho privado romano*, trad. esp. (Barcelona, 1937) 359, n. 7.

mente, el contrato de corretaje no se basa en el «hago para que me des», por que el hacer, por sí solo, no engendra obligación alguna. El hacer es simplemente un presupuesto supeditado al logro del negocio principal. Ahora bien: este negocio se perfecciona por el mero consentimiento, cuando así lo hayan pactado las partes, o por la consumación (total o parcial) del mismo. El primer aspecto lo confirma la sentencia de 10 de enero de 1922 cuando considera que «no quedo sujeto (por pacto expreso) al cumplimiento de la condición de que este contrato se consumara», y la de 5 de junio de 1946—con una modalidad interesante de rescisión posterior del contrato—al decir «que dieron un resultado apetecido, perfeccionándose el contrato de venta entre el vendedor y el demandado..., percibiendo como señal 100.000 pesetas el vendedor, y si después, por causas ajenas a este recurso, el contrato se ha rescindido, ello no puede afectar a los derechos de la corredora de fincas, que debe percibir la retribución que le corresponde».

No obstante, salvo estipulación en contrario, el Tribunal Supremo mantiene la necesidad, no sólo de su perfeccionamiento, sino de la consumación del contrato en la gestión propuesta, a fin de que el corredor pueda exigir su premio. Paladínamente, la sentencia de 26 de noviembre de 1919 manifiesta que «hay que esperar a que el comitente o mandante haga efectivo el precio del que el importe de la comisión haya de deducirse»; y también, que «aparece del contrato escrito la necesidad de la entrega total o parcial del precio, circunstancia demostrativa de la consumación del contrato, requerida para que aquel derecho y su efectividad pudiera adquirirse y tener realidad». De igual modo, en la sentencia que anotamos, de 3 de julio de 1950, se dice: «Que, salvo pacto en contrario, debe esperarse, para percibir la comisión, a que el negocio jurídico se consume».

6. Todo ello nos lleva, como de la mano, a tener que concluir en qué consiste, cuál es el contenido y concepto del contrato de corretaje.

El criterio jurisprudencial antecedente viene expuesto a propósito de la distinción del corretaje con otros contratos afines. Así, la sentencia de 10 de enero de 1922 lo reduce «a realizar las gestiones necesarias para poner en relación a los recurrentes (corredores) con la C. T. para la celebración del contrato de compraventa de autos». La sentencia de 7 de abril de 1926 dice que «el abono de la comisión tuvo únicamente por objeto el que el D. J. P (el corredor) le buscase comprador para los buques que deseaba enajenar». La sentencia actual que comentamos manifiesta que «el contrato de mediación o corretaje... es el que tiene lugar cuando la intervención de una persona queda reducida a poner en relación a otras dos para la celebración de un contrato, sin contratar aquélla en nombre propio ni en el de su pretendido comitente».

Los autores españoles, tanto civilistas (16) como mercantilistas (17), en este punto, siguen a la legislación y doctrina extranjeras, especialmente, el articu-

(16) CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral* 6, III (Madrid, 1944) 240; BONEY RAMÓN: *Comentario a la S. 13 junio 1944*, en *Revista de Derecho Privado*, 26 (1944) 800; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, IV-2.º (Madrid, 1946) 351.

(17) GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, I (Madrid, 1940) 182; VICENTE y GELLA: *Curso de Derecho mercantil comparado*, II (Zaragoza, 1945) 58; LANGLE RUBIO: *Manual de Derecho mercantil español*, I (Barcelona, 1950) 371.

lo 412 del Código de las Obligaciones suizo (18) y el art. 1.754 del Código civil italiano de 1942 (18 bis), según los cuales es corredor aquel que pone en relación dos o más partes para la conclusión de un negocio o sirve de intermediario para la negociación de un contrato.

Pero tanto el concepto que aparece en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como el adoptado por los autores no está de acuerdo, a nuestro parecer, con la específica naturaleza por ellos atribuída. Si el contrato de corretaje consiste nada más que en la función de mediar o gestionar, esa mediación o gestión no quiere decir que implique el contraer una obligación por parte del corredor. Su manifestación de voluntad, según dijimos, será la aceptación de la gestión, que no implica vinculo u obligación alguna. También observa la gran libertad de acción de las partes antes de que el negocio principal se concluya.

Es necesario, pues, concretar el concepto del corretaje o mediación al objeto de examinar su particular fisonomía y características peculiares frente a otras figuras afines que, comúnmente, la doctrina, a pesar de señalar sus diferencias, vuelve, en la mayor parte de los autores, a confundirse (19).

Hay que concluir que el contrato de corretaje es un acuerdo por el cual una persona (oferente o mediado) se obliga frente a otra (corredor o mediador) a pagarle un premio si le indica o intermedia con una tercera persona para un negocio jurídico que con ella puede llegar a realizarse.

Al existir en tales términos un contrato de corretaje unilateral, todo lo que suponga salirse de estos límites para comprender dentro de la figura otros deberes u obligaciones que no sean, de un modo exclusivo, los del oferente o mediado será algo muy diferente del corretaje; habrá figuras distintas, perfectamente delimitadas, y si se quiere con un contenido muy idéntico, pero nunca estaremos ante un contrato típico de mediación o corretaje.

Veamos, entonces, estas figuras afines y cuáles son sus notas diferenciales frente a la simple mediación que el Tribunal Supremo también consideró.

7. En el tráfico contractual, civil y mercantil, existen una serie de instituciones, tales como el mandato, la comisión mercantil, el contrato de agencia, el arrendamiento de servicios y el de obra que, por su contenido parecido y por su fundación analoga, se confunden muchas veces con el simple corretaje o mediación.

De tal modo sucedió en las SS. de 2 de diciembre de 1902 y 20 de noviembre de 1919, que identificaron el corretaje con el mandato y la comisión mercantil. Confusión que, incluso, hoy día persiste, si no ya en el fondo de la cuestión,

(18) Cfr. HUGUENIN: *Code des Obligations*. Neuchâtel, 1937, pág. 116. Para el Derecho alemán, PALANDI: *Bürgerliches Gesetzbuch* (§§ 652-665). München y Berlín, 1950.

(18 bis) Cfr. FRANCHI y FEROCCHI: *Quattro Codici. Codice civile* (arts. 1754-1765). Milano, 1946, pág. 229; CARRARO: *La mediazione*. Padova, 1952, que no hemos podido manejar.

(19) Así le ocurre a ENNECKERUS: *Tratado de Derecho civil*, trad. esp., II-2.º (Barcelona, 1935) 304, al distinguir tres tipos de corretaje: el contrato unilateral de corretaje, el contrato de servicios de corredor y el contrato de obra de corredor. Entre nosotros, CASTÁN: *Op. cit.*, III, 240 ss.; BOSCH RAMÓN: *Op. cit.*, pág. 501; PUIG PEÑA: *Op. cit.*, IV-2.º, 251 ss., concretamente, respecto de la terminología y contenido obligatorio del contrato para el corredor.

si en la terminología empleada por los autores y la jurisprudencia (20), en torno a este contrato.

El mandato, frente al corretaje, implica la orden que se da a una persona para que haga o ejecute algo que nos interesa. Por lo tanto, el mandato implica una cierta subordinación que, según el Código de comercio, no se concibe más que entre el comerciante y sus subordinados (factores, dependientes y mancosos). Además, en el mandato se abonan los gastos y se resarcan los perjuicios, mientras que en el corretaje no hay ningún abono ni responsabilidad; tan sólo el oferente viene obligado al pago del premio en el caso de concluirse el negocio. También POZZI (21) lo distingue de la mediación en que en el mandato representativo, el mandatario obra en nombre y por cuenta del mandante, debiendo seguir sus órdenes e instrucciones; en cambio, el mediador es libre de seguir el procedimiento que estime oportuno para llegar al acercamiento. LANGLE (22), consecuente con la naturaleza unilateral del corretaje, observa que el corredor no es un mandatario; aunque haya aceptado el encargo no está obligado a cumplirlo. En consecuencia, frente al mandatario (art. 1.718) no responde de daños y perjuicios por incumplimiento.

El corretaje se distingue también de la comisión mercantil, puesto que el comisionista concluye directamente los negocios, mientras que el mediador simplemente aproxima a las partes sin contratar (23). Nuestro Tribunal Supremo así lo ha manifestado en las SS. de 10 de enero de 1922 y 7 de abril de 1926, donde dice que en la celebración del contrato «no encomendó a aquél la ejecución de ningún acto de comercio, sino que el abono de la comisión tuvo únicamente por objeto el que el P. le buscase comprador para los buques que deseaba enajenar, sin autorizarle a poner término a la negociación ni en su nombre propio ni en el de la entidad recurrente, no puede ser calificado de comisión mercantil, tanto por no proceder de operaciones comerciales como por carecer de los requisitos que para la misma exigen los artículos 244, 245, 246 y 247 del Código de comercio».

Frente al arrendamiento de obra, el corretaje se diferencia porque la conclusión del contrato no puede ser prometida por el corredor, ya que este hecho

(20) La sentencia que comentamos, en el primer considerando habla de «comisión», en vez de premio; de «comitente», en lugar de oferente o mediado; en el segundo considerado vuelve a hablar de «percibir la comisión», por percibir el premio y de «comitente o mandante».

(21) POZZI: *Mediazione e mediatore*, en *Nuovo Digesto italiano*, III (Torino, 1939) 397. En Suiza, según GUTZWILLER: *Commissione, mediazioni, mandato commerciale in Diritto internazionale privato*, en *Nuova Rivista de Diritto commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale* 3 (1950) 243. El mediador ocupa un puesto aparte de los comisionistas y mandatarios mercantiles.

(22) LANGLE: *Op. cit.*, I, 734. cree que más bien es «negocio unilateral». No tan consecuente es BONEY RAMÓN: *Op. cit.*, pág. 801, al atribuirle al corredor plena libertad por una parte, y someterlo, por otra, a la responsabilidad de los actos que realiza.

(23) POZZI: *Op. cit.*, p. 396; LANGLE: *Op. cit.*, I, 734; VICENTE y GELLA: *Op. cit.*, II, 56; BONEY RAMÓN: *Op. cit.*, p. 801. Para la experiencia francesa, los mediadores, comisionistas, viajantes, agentes, etc., forman la especie de un mismo género, aunque jurídicamente pueden invocarse la concesión de estatutos diversos: c.f. BUISSON: *Rappresentanti, mediatori e commissionari dinanzi alla Giustizia e al fisco*. París, 1835, cit. por GUTZWILLER: *Op. cit.*, páginas 242 y 244, donde manifiesta que el mediador se distingue, en razón a la naturalza de la operación diferente que cumple. El mediador es comisionista tan sólo en un sentido amplio.

no depende de su voluntad, sino de la voluntad del oferente y el tercero (24). Tampoco es arrendamiento de servicios, porque el corredor no tiene derecho a la retribución si el contrato previsto no se celebra, aunque haya desplegado toda su actividad para este fin (25). Igualmente lo declara en este sentido la sentencia que anotamos, al manifestar que «si bien el contrato de mediación o corretaje presenta frente al mandato al arrendamiento de servicios y demás contratos a que ha intentado asimilarle una característica diferencial, a saber, que la retribución que al mediador ha de darse por el mandante, sólo se debe en el caso de que el negocio principal se realice o concluya, doctrina que ha aceptado la jurisprudencia de esta Sala».

Que el corredor no se confunde con el agente es debido a que aquél no pone su clientela a disposición del oferente, pero lo que sí hace es procurarle un contratante debido a su conocimiento del mercado (26). Además, en el contrato de agencia, el agente adquiere, a título oneroso, el compromiso de gestionar la realización de negocios en representación de uno o varios poderdantes, o de realizarlos en su nombre y por su cuenta sin estar ligados a ellos por un contrato de trabajo (27), con lo cual se diferencia plenamente de la simple mediación o gestión del corredor.

Tampoco se confunde la mediación con la gestión de negocios ajenos, porque ésta se produce cuando una persona se encarga espontáneamente de administrar los asuntos de otro, sin mandato ni conocimiento de éste, pero con intención de obligarle. Ni con la pública promesa de una prestación hecha por avisos públicos a quien quiera que cumpla una determinada prestación (28).

Por último, el mediador no se identifica con el *nuntius*, ya que éste no coopera en parte activamente a la conclusión del contrato, como hace el mediador, sino que se refiere a otro la declaración de voluntad (29).

Otra cosa muy distinta son los llamados por el Código de comercio agentes mediadores, cuya misión como funcionarios públicos es dar fe de las transacciones mercantiles. Según observa GARRIGUES (30), las obligaciones que el ar-

(24) Como arrendamiento de obra la considera NAVARRINI: *Trattato teorico-pratico di Diritto commerciale*, III (Torino, 1920) 64 y la literatura alemana *ibi cit.* Que la mediación es una promesa unilateral de *locatio-conductio operis* lo sostiene TUMEDI: *Del contratto di mediazione*, en *Rivista de Diritto commerciale*, 21 (1923) 140; ENNECERUS: *Op. cit.*, II-2.º, 304. En contra GARRIGUES: *Op. cit.*, II, 182; PUIG PEÑA: *Op. cit.*, IV-2.º, 352.

(25) Cfr. GARRIGUES: *Op. cit.*, II, 182; PUIG PEÑA: *Op. cit.*, IV-2.º, 352.

(26) En tal sentido, ERICH MOLITOR: *Sul concetto dell'agente di commercio*, en *Studi di Diritto commerciale in onore di C. VIVANTE*, II (Roma, 1931) 46.

(27) Así lo concibe el art. 418 a) del Código de las Obligaciones suizo, incluido por Ley federal de 4 de febrero de 1949, cfr. *Boletín de Información extranjera*, 70 (Madrid, 1949) 622.

(28) Cfr. MESSINA: *La promessa di recompensa al pubblico*, en *Scritti Giuridici*, II (Milano, 1948) 40.

(29) BONET RAMÓN: *Op. cit.*, p. 801; PUIG PEÑA: *Op. cit.*, IV-2.º, 325; BARASSI: *Istituzioni di Diritto civile I*, Milano, 1948, pág. 398.

(30) GARRIGUES: *Op. cit.*, I, 370 y 374 y II, 161; SANZ HERNÁNDEZ: *Alcance de la interacción de los agentes mediadores de comercio en la letra de cambio*, en *Revista de Derecho mercantil*, 6, (1946) III; NAVARRO GARBALÉN: *Más sobre el alcance de la interacción de los agentes mediadores de comercio en las letras de cambio*, en *Revista de Derecho mercantil*, 10 (1950) 255; PÉREZ ESCOBAR: *La unidad de acto y las pólizas intertenidas por agentes mediadores colegiados*, en *Revista de Derecho mercantil*, 11 (1951) 57.

tículo 95 señala a los agentes mediadores colegiados no son obligaciones contractuales, sino obligaciones legales que se imponen a los agentes más como funcionarios públicos que como contratantes.

José BONET CORREA

Gananciales en liquidación.—Naturaleza.—Retracto

SENTENCIA 11 JUNIO 1951

Existe en los gananciales en liquidación una copropiedad de derechos entre los herederos del difunto y el cónyuge supérstite.

Los herederos del premuerto no pueden ejercitar el retracto de coherederos, sino el de consocios, en caso de enajenación de la participación del su p erstite en los gananciales. Este derecho no puede ejercitarlo para sí cada heredero por separado.

ANTECEDENTES.—La viuda de un causante dió en pago de deudas al marido de una de las hijas y herederas del mismo causante varias fincas de su propiedad y su participación en los gananciales de su matrimonio con el repetido causante, cualquiera que fuese su cuantia. Otro de los hijos y herederos interpuso demanda ejercitando respecto de dicha participación el retracto de coherederos y, en su defecto, el de comuneros. En primera instancia se declaró procedente el retracto de *coherederos* respecto a los derechos que en la sociedad ganancial correspondian a la transmitente. Apelada la sentencia, en segunda instancia se declaró procedente el retracto de *comuneros* respecto de los derechos que a la viuda correspondian en los concretos bienes gananciales que se enumeraban en la demanda. Demandante y demandado interpusieron recurso de casacion.

MOTIVOS DE LOS RECURSOS.—A) Del demandante: 1.  Inaplicación e interpretación errónea del artículo 1.067 C. c., en relación con los 659, 666 y 661 del mismo, y de doctrina legal: debió estimarse procedente el retracto de coherederos.

2.  Fundado en el número 3. , artículo 1.602, C. c., por no hacerse declaración respecto del referido retracto.

B) Del demandado: 1.  Aplicación indebida del artículo 1.522 C. c.: el retracto de comuneros sólo procede en el caso de condominio sobre cosas concretas.

2.  Violación e inaplicación de los artículos 392, 1.302, 1.414, 659, 661, 1.082 y 1.084 C. c., y de doctrina legal: falta la unidad objetiva necesaria para

el condominio, por venir la participación de los herederos, en la comunidad ganancial integrada en la total comunidad hereditaria.

3.º Violación e inaplicación de los artículos 1.392, 1.414, 657, 658, 659, 661, 1.084, 1.417 y 1.418 C. c., y de doctrina legal; e indebida aplicación del artículo 1.522, párrafo segundo, C. c.: ninguno de los coherederos puede ejercitar el retracto por sí solo y para sí.

4.º Violación e inaplicación de los artículos 1.417, 1.418, 1.392, 1.414, 657, 659, 661, 1.082 y 1.084 C. c.: el considerar la comunidad de gananciales como cosa universal en comunidad supone, o bien admitir una sucesión independiente en los gananciales, o bien dar a éstos una inadmisibile autonomía en la sucesión.

5.º Violación e inaplicación de los artículos 1.426 y 1.418, núm. 1.º, y de doctrina legal: la mitad de gananciales del cónyuge premuerto subsiste como unidad y no distribuida en cuotas durante la fase liquidadora de la sociedad de gananciales.

6.º Se dirigía a negar la condición de extraño del adquirente; pero dicho motivo fué abandonado por el Letrado del recurrente en el acto de la vista.

CONSIDERANDO: Que la materia del recurso de casación interpuesto por el retrayente es si el mismo tiene la condición de coheredero dentro de la sociedad de gananciales del matrimonio de sus padres para poder ejercitar con ese carácter el retracto sobre los derechos de tal sociedad que enajena el cónyuge supérstite, y la del otro recurso de igual clase entablado por el demandado después de renunciado su motivo sexto, es si no existe copropiedad sobre los derechos de esa sociedad de gananciales por parte del cónyuge supérstite con los herederos del premuerto, y, por lo tanto, carecen éstos de la facultad de ejercitar para sí el derecho de retracto sobre los bienes de aquélla, y siendo esas dos las únicas tesis planteadas ante este Tribunal, no se puede tratar al resolver los recursos de las otras varias e importantes cuestiones jurídicas a que da lugar la cesión de derechos origen del litigio, la petición del demandante y las sentencias de instancia.

CONSIDERANDO: Que al fallecimiento de los cónyuges se disuelve y queda en estado de liquidación, según los artículos 1.447 y siguientes del Código civil, la sociedad de gananciales que se haya constituido con su matrimonio, y se abre independientemente de ello, aunque sea por la misma causa, la sucesión hereditaria en los bienes patrimoniales del fallecido, por lo que se extingue totalmente la primera de esas instituciones y no le queda vida alguna, pues ésta la constituye su propia actividad para el cumplimiento de sus fines, que terminan con la cesación del matrimonio, y no puede estimarse que esos fines y vida continúan sólo porque quede una masa inerte en la que sólo tienen intervención, y exclusivamente para su liquidación, los consocios, y en caso de ser originada la disolución por la muerte de uno de ellos, sus herederos, pero no a título de coheredero con el supérstite, pues éste no ostenta derecho hereditario, sino de condómino o consocio, y no es a causa de la herencia, sino de extinción de comunidad o copropiedad, por lo que se llega al estado de liquidación, y debido a esto es por lo que quienes tengan algún derecho en la misma liquidación no pueden ejercitarlo a título de coherederos, sino en calidad de

consocios, aunque hayan venido a ocupar un puesto en esa comunidad por un título hereditario distinto del de consocio que ostentaba la persona a quien sustituyen, y así falta la condición primera que exige el artículo 1.067 del Código civil para que se dé el retracto que el mismo establece de que sea heredero el enajenante, pues la viuda, en esos casos, y concretamente en el actual, no es heredera de los bienes de la sociedad de gananciales, sino consocia o condueña, como antes se ha dicho, y no altera este carácter el que los bienes en que han de concretarse sus derechos más adelante cuando se haga la liquidación, estén accidentalmente, en algunos casos especiales, confundidos con otros de la herencia del cónyuge fallecido; ni tampoco de la aplicación de normas similares a la liquidación de la herencia y a la de la sociedad de gananciales puede deducirse que sean las mismas instituciones ni se confundan sus liquidaciones; por todo lo cual es improcedente el motivo primero del recurso interpuesto por el retrayente.

CONSIDERANDO: Que también lo es el segundo, porque al declarar la Audiencia en su sentencia que ha lugar al retracto de comuneros y que revoca la del Juzgado en lo que no concuerda con la suya, es indiscutible que resuelve denegándolo sobre el retracto de coherederos que le concedía la apelada, y no ha cometido la omisión que menciona el número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, base de este motivo.

CONSIDERANDO: Que en el segundo Considerando de esta sentencia queda sentado que existe en la sociedad de gananciales una copropiedad de derechos entre los que constituían el matrimonio, y a falta de uno de estos, entre sus herederos y el cónyuge superviviente, desde la disolución del matrimonio hasta la liquidación de esa sociedad con la adjudicación de sus bienes, como viene a reconocer la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1898, pues se dan los requisitos que exige la de 7 de febrero de 1944 en los bienes y derechos que corresponden a esa sociedad, y es evidente que en ella ocupan los herederos del premuerto el puesto de consocio de éste, con el único carácter de condómino como su causante, que no cambia el que sea el de herencia el título por el que los han adquirido, por lo que no son de estimar los motivos primero, segundo, cuarto y quinto del recurso interpuesto por el demandado.

CONSIDERANDO: Que esos condóminos pueden ejercer cada uno por separado para sí singularmente el derecho de retracto sobre los derechos que se enajenen de esa comunidad *sin la necesidad que propugna el motivo tercero del mismo recurso, de que intervengan todos los interesados*, pues ejercita facultades propias, únicamente para sí y con arreglo a un derecho que reconoce el párrafo segundo del artículo 1.522 del Código civil, al disponer que pueden usar del retracto al mismo tiempo varios copropietarios, y que en ese caso les corresponde en proporción a su participación en el condominio, *lo que excluye la necesidad de una acción conjunta de los comuneros y de que sólo puedan hacerlo en beneficio de la comunidad*.

FALLO.—No ha lugar a ninguno de los dos recursos.

COMENTARIO

Vamos a limitar la presente nota al problema básico de la sentencia comentada: el de si en el caso contemplado por la misma procede o no el retracto, y si, en el caso de ser procedente, lo es el de coherederos o el de comuneros. A nuestro juicio, el primer problema debe resolverse sin vacilación en el sentido de la procedencia del retracto, por las siguientes razones:

1.^a Por aplicación analógica, tanto del retracto de comuneros como del de coherederos, sin que a nuestro juicio quepa la aplicación directa de ninguno de los dos: en efecto, no hay entre el cónyuge viudo por su participación en la sociedad de gananciales, y los herederos del premuerto situación de comunidad hereditaria. Esta idea, destacada en el segundo Considerando de la sentencia comentada, es tan evidente que no es preciso insistir sobre ella. Tampoco creemos que la comunidad de gananciales en liquidación responda exactamente al tipo de comunidad de bienes en el sentido de los artículos 392 y siguientes del Código civil, aproximándose más bien a la comunidad hereditaria, cuya construcción más correcta es, a nuestro entender, la que la considera como una situación de pendencia (1). Ahora bien, tanto en un caso como en otro es evidente que la ley aplica el retracto a las situaciones de comunidad o cotitularidad que carecen de un fin estable acogido por la propia ley (por eso se excluye la sociedad de gananciales no disuelta), como medio para facilitar la terminación de tales situaciones. Esta finalidad legal, más decisiva que la semejanza o diferencia de las construcciones aplicables, se da igualmente en la sociedad de gananciales en liquidación.

No cabe decir que siendo el retracto una limitación del dominio no debe aplicarse a más supuestos que a los expresamente previstos en la ley (2), puesto que en contra cabe alegar que el retracto está basado en consideraciones de bien común que deben prevalecer sobre el interés individualista del titular del dominio. Además, las reglas interpretativas meramente técnicas, deben ser miradas con cierta prevención, y hacer prevalecer sobre ellas la ponderación de los principios de fondo en juego en cada caso. Y en cuanto a otra razón que puede estimarse también como fin legal del retracto de coherederos, la de que no hayan de intervenir en la partición personas extrañas al círculo de los herederos, se da también en nuestro caso, ya que normalmente entre el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto habrá vínculos de sangre que darán a la liquidación de la sociedad de gananciales un carácter que se perderá si han de intervenir extraños.

2.^a Cabe pensar también en la posibilidad de aplicación del artículo 1.067 en virtud de la doble remisión de los artículos 1.395 y 1.708, Código civil. Según el primero, se aplicarán a la sociedad de gananciales subsidiariamente las normas del contrato de sociedad; y según el 1.708 se aplicarán a la liquidación del patrimonio social las normas de la partición, entre las que se encuen tra el artículo 1.067.

(1) V. DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, 2.^a edición, págs. 584-585.

(2) V. en este sentido S. T. S. 20 marzo 1929.

En cuanto al segundo problema, hay que hacer notar como gran parte de las razones de analogía expuestas en el análisis de la primera cuestión proceden del retracto de coherederos, y como advertimos más semejanza en la comunidad de gananciales en liquidación con la comunidad hereditaria que con el condominio ordinario de los artículos 392 y siguientes. No obstante, hay que tener en cuenta que entre los retractos de comuneros y de coherederos no hay diferencia sustancial, en cuanto a su régimen, hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha considerado al de coherederos como un caso particular del de comuneros (3). Por tanto, parece ocioso discutir en un recurso de casación cuál de los recursos es el procedente, siendo una cuestión que carece de trascendencia. En efecto, si bien se advierten algunas diferencias entre las sentencias de primera y segunda instancia, no creemos que quepa reconducir tales diferencias a una separación de régimen entre ambos retractos: efectivamente, si bien la de segunda instancia declara procedente el retracto en cuanto a la participación que a la vendedora correspondiera en las fincas enumeradas como gananciales en la demanda, mientras que la de la primera lo declara sólo en cuanto a la participación de la misma en la sociedad ganancial, creemos que esto último sería lo procedente en todo caso, puesto que en la comunidad de gananciales, aun en liquidación, ninguno de los partícipes tiene un derecho sobre fincas concretas ni cuotas de las mismas. Y si se concibiera la comunidad de gananciales en liquidación como condominio ordinario, su objeto habría de considerarse el total patrimonio ganancial como *universitas iuris*, y no cosas ni cuotas de cosas concretas, y, por tanto, no pudiendo la viuda enajenar tales cosas o cuotas, no puede declararse el retracto respecto de ellas. Otra diferencia entre la sentencia de ambas instancias reside en que en la de la segunda se hace aplicación del art. 1.618, 5.º, L. E. C., estableciendo la obligación del retrayente de no enajenar en el plazo de cuatro años la participación retraída, lo cual omitía la de primera instancia. No obstante, creemos que si se aplica a la comunidad de gananciales el retracto de comuneros o el de coherederos, sustancialmente idénticos, debe aplicarse asimismo en ambos casos el precepto del citado artículo de la L. E. C.

Procediendo el retracto, consideramos, pues, indiferente que se aplique el de comuneros o el de coherederos, puesto que en cualquiera de los dos casos la aplicación sería analógica. No obstante, por lo ya dicho, creemos más próximo el de coherederos, contra el criterio sostenido por la sentencia comentada. Esta, además, parece considerar que se trata de una aplicación directa y no analógica, lo cual implica la estimación de la comunidad de gananciales en liquidación como un supuesto de condominio ordinario. Claro está que esta tesis no afecta para nada al problema de la naturaleza de la comunidad de gananciales no disuelta, pues es indiscutible que tal comunidad experimenta por el hecho de surgir una causa de disolución, una profunda transformación que afecta a su naturaleza. No obstante, ya mostramos nuestra disconformidad con la referida tesis.

Para tratar de esclarecer el problema sería preciso entrar a fondo en el de la naturaleza de la comunidad de gananciales en liquidación, lo que excedería.

(3) A.º. Sent. 7 febrero 1944.

sin duda, del ámbito de la presente nota, y sobre el que esperamos publicar un trabajo en fecha próxima.

En cuanto a la posición anterior de la Jurisprudencia, sólo cabe aludir a la adoptada en el problema de la naturaleza de la comunidad de gananciales en liquidación o en casos de retracto de comuneros entre coherederos, dado que no hemos encontrado jurisprudencia alguna sobre retracto entre copartícipes de la sociedad de gananciales en liquidación. No obstante, creemos que lo que se diga respecto de la comunidad hereditaria es en este aspecto aplicable a nuestro caso, ya que por tratarse de grupos patrimoniales en liquidación, y por plantearse en ellos análogos problemas en las cuestiones aquí tratadas, la doctrina sentada para el primer caso debe servir para el nuestro. La sentencia de 10 de mayo de 1880 declara improcedente un retracto entre coherederos por no ser posible el retracto de comuneros respecto de «universalidades de derechos, que comprenden como tales muchos bienes que han de ser adjudicados en el correspondiente juicio o fuera de él» (hay que tener en cuenta que antes del Código civil no había un retracto de coherederos independiente del de comuneros). No obstante, una reciente sentencia de 7 de febrero de 1944, en un caso en que el retrayente, después de enajenar su participación hereditaria la había recuperado por anularse la enajenación, declara que aun cuando por tal enajenación dicho retrayente no ostentase derecho hereditario, podría retraer, por ser aplicable el retracto de comuneros. Esta sentencia vino, pues, a rectificar la posición de la de 1880, y en su misma línea, aunque con referencia a la comunidad de gananciales disuelta, se sitúa la sentencia ahora comentada (4).

En cuanto a la naturaleza de dicha comunidad, la resolución de la Dirección General de los Registros de 17 de noviembre de 1917 dice que «dicha sociedad (la de gananciales), al disolverse por muerte de uno de los cónyuges, concluye, no en el sentido de terminarse la especial afección de los bienes gananciales a las responsabilidades correspondientes, sino en el de transformarse la comunidad familiar, sin cuotas determinadas ni valores económicos independientes, en participaciones proindiviso de la total masa, que forma una cosa universal susceptible de entrar como objeto en la relación jurídica», afirmando a continuación que existe una situación intermedia de proindivisión de los bienes. Se adhiere, por tanto, a la tesis de la sentencia anotada, en el sentido de aceptar la tesis que considera a la sociedad de gananciales disuelta como comunidad ordinaria. Baste por ahora hacer notar, en relación a esta resolución, la diferencia, que creemos evidente, entre la «cosa universal» que puede ser objeto de derecho, y el patrimonio separado, respecto del que sólo cabe ostentar una titularidad, lo que, técnicamente, es muy distinto de un derecho subjetivo.

Finalmente, hay que aludir al problema planteado en el recurso del demandado, de si un coheredero puede retraer, por sí solo y para sí, la participación del cónyuge viudo en la comunidad de gananciales. El Tribunal Supremo resuelve el problema afirmativamente, basándose en la independencia de los comuneros para ejercitar el retracto, que deduce del artículo 1.522 del Código

(4) No creemos que quepa alegar en este punto la sentencia d. 6 de mayo de 1931, que deniega el retracto al adquirente del derecho hereditario de un coheredero, porque no se trataba de enajenación de una participación hereditaria, sino de una cosa concreta.

civil, párrafo segundo. Desde nuestro punto de vista, la solución es idéntica a la del Tribunal Supremo, pero es preciso hacer constar, para sostenerla, que por la semejanza de naturaleza entre la comunidad de gananciales en liquidación y la comunidad hereditaria, no se trata, en nuestro caso, de la formación, sobre la mitad de la primera, de una comunidad independiente, sino que ambas se funden en una comunidad, en cierto modo única, en que las cuotas de los herederos vienen determinadas por la cuantía de sus participaciones hereditarias

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ
Notario

Propiedad horizontal.—Naturaleza jurídica.—Constitución por división de cosa común

SENTENCIA 9 JULIO 1951

ANTECEDENTES.—Cuatro hermanos son coherederos de una finca urbana, que, aparte de unas lonjas en los pisos bajos, tiene cuatro pisos. Tres de los copropietarios solicitan en la demanda que se declare su derecho a pedir y practicar la división de la casa en secciones horizontales o pisos y a repartirse las lonjas, que son susceptibles de aprovechamiento independiente. Se opone el otro hermano aduciendo que la división debe verificarse con arreglo a lo dispuesto en el Código civil, es decir, fraccionando la cosa, adjudicándola a uno de ellos con indemnización a los demás o vendiéndola en pública subasta y repartiendo el precio. Se practica la prueba y la sentencia reproduce solamente la pericial, que, en general, se reduce a dictaminar sobre la posibilidad material y la conveniencia económica de la división. El Juzgado estima la demanda y la Audiencia confirma en todas sus partes la sentencia recurrida.

MOTIVOS.—1.º Fundado en el núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por aplicación indebida de los artículos 400 y 306 del C. c. y violación del artículo 404 del mismo cuerpo legal y del artículo 1.062, en relación con el 406 del citado Código, y la doctrina sustentada constantemente por el T. S. y, especialmente, en las sentencias de 17 de abril de 1806, 14 de febrero de 1912, 17 de diciembre de 1914, 14 de junio de 1895, 15 de febrero de 1909, 3 de julio y 2 de octubre de 1915 y 6 de abril de 1946, al resolver que se divida solamente una parte de la finca y la otra continúe en comunidad.

2.º Fundado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por error de hecho que resulta de documentos o actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador.

CONSIDERANDO: Que la tesis que sostiene el motivo primero del recurso es que la división de una casa por pisos no es un medio de salir de la comunidad de su propiedad cuando alguno de los copropietarios ejercita el derecho a pedir la división que le reconoce el artículo 400 del Código civil, y como consecuencia de esto y no admitir la casa en cuestión otra manera de dividirse debe venderse como dispone el artículo 404 del mismo Código.

CONSIDERANDO: Que para enjuiciar toda cuestión referente a la propiedad y división de las casas por pisos, o mejor dicho, por departamentos o viviendas, pues pueden éstas no coincidir materialmente con los pisos, hay que empezar por tener presente que por ser esta forma de goce de propiedad establecida por el uso y traida hace poco tiempo como *institución jurídica singular e independiente* a la regulación legislativa, *no tiene características totalmente diferenciadas de los otros modos de disfrute de la propiedad, sino que en algunos aspectos se asemeja a varios de ellos*; pero en este caso, como ha dicho la jurisprudencia, *en todos los que aparecen mezclados las formas o aspectos de varias instituciones se ha de atender a los caracteres preponderantes o más importantes o esenciales para encajar las formas nuevas en las disposiciones legales anteriores.*

CONSIDERANDO: Que es indiscutible que *el destino propio y esencial de una casa es servir de vivienda o alojamiento para un negocio* en la mayor amplitud de estos conceptos, y esto lo cumplen cada piso o grupo de habitaciones que puede disfrutarse por separado con independencia de los demás del mismo inmueble y por consiguiente *son susceptibles de apropiación individual*, y al dividirse así y adjudicarse a distintas personas se facilita su aprovechamiento para el destino propio, sin que sea más que *una cosa accesorio* para ese uso independiente el que queda en común el disfrute y la propiedad de los elementos como cimientos, patios y escaleras, que son indispensables para la subsistencia de cada una de esas propiedades individuales y que por su naturaleza no pueden dividirse, pero que por su *menor importancia económica y sobre todo por su carácter accesorio o de medio* para el fin esencial de que se disfruten las viviendas, *no pueden privar a la propiedad de éstas de su carácter de singular, individual y divisible*, y por lo tanto el dividir una casa en cada uno de esos departamentos para su adjudicación a cada uno de los copropietarios del inmueble en conjunto, *es salir de la indicación* a los efectos del artículo 400 antes mencionado, aunque para algunos aspectos de índole económica y que son solamente secundarios, pues no constituyen el fin de la casa, sino el medio para su disfrute y sostenimiento, como reconoce el párrafo primero del nuevo artículo 396 del Código civil, haya que reconocer en ellos una coparticipación de los dueños de las propiedades individuales que constituye una copropiedad adjunta a una propiedad singular, como puede ocurrir en algunas conducciones de agua, medianerías y aprovechamientos parecidos que tampoco alteran la condición de los aprovechamientos principales.

CONSIDERANDO: Que demostrada la exactitud de esa doctrina, lo mismo los efectos de esa división que los derechos que después de ella y precisamente por ella puedan ejercer los propietarios de los pisos como dueños singulares y no como condóminos, pues por tal división y adjudicación, *que es de efecto traslativo*, se consolida y concreta en cada una de las partes o viviendas el derecho abstracto e indeterminado que tenía sobre la totalidad y se le constituye en propietario completo y excluyente de su nueva parte material, *tiene facultad para vender por su exclusiva voluntad, sin necesidad de la concurrencia en concepto de vendedores de los demás propietarios en el inmueble*, la parte que le ha sido adjudicada y con verdadero carácter accesorio de esto, según el párrafo cuarto del citado artículo 396, los derechos de participación en los elementos de uso común; *puede ejercitar por sí y para sí solo por la uti-*

lidad que a él y no a los demás dueños colinflatantes le corresponda determinadas acciones referentes a la cosa común, como en caso de obstrucción de la escalera, ciertos daños en el tejado o cimientos por obras, y ésto no en nombre de la comunidad, sino por su exclusiva conveniencia, y *no le cabe ya utilizar el derecho que siguiendo doctrina antiquísima* reconoce el artículo 400 del Código civil a todo condómimo para pedir la disolución de la comunidad como esencial de esa situación; y las *limitaciones que tenga para usar de sus derechos no nacen de un estado de comunidad, sino del respeto al derecho propio de todo vececino impuesto por la concurrencia social*, como puede ocurrir con el establecimiento de voladizos, marquesinas y similares.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto no se han infringido los artículos que pretende ese motivo, ni tampoco las sentencias que cita, porque no se refieren al problema que se enuncia en el primer Considerando, pues la de 14 de junio de 1895 se funda en la indivisibilidad útil y fácil de la cosa en cuestión, y *la afirmación que hace de pasada* de que la división por pisos sería cambiar la forma del condominio, *además de ser la única sentencia que la contiene*, está en oposición con la evolución que ha tenido ese concepto en los cincuenta y seis años posteriores a ella: la de 15 de febrero de 1909 versa sobre la forma de pedirse la división de la cosa común y apreciación de la prueba: las de 14 de febrero de 1912, 17 de diciembre de 1914, 3 de julio y 2 de octubre de 1915, se refieren a la división de fincas rústicas, y las de 17 de abril de 1896 y 6 de abril de 1946 declaran que ha lugar al retracto de comuneros entre los propietarios de distintos pisos de una casa precisamente por la comunidad que subsiste sobre la techumbre, el solar y paredes maestras y medianeras, que también reconocen la sentencia recurrida y los Considerandos anteriores de esta; pero hay que tener en cuenta, en primer término, que estas dos sentencias no valoran esa comunidad para darla efectos distintos de los que ahora se reconocen para resolver el caso actual y además por no ser objeto de aquellos recursos la cuestión planteada concretamente en este, no constituyen jurisprudencia invocable ahora, pues es bien sabido que sólo la establecen las sentencias de este Tribunal sobre los puntos que expresamente se le someten en los respectivos recursos de casación.

CONSIDERANDO: Que la posibilidad de dividir la finca aludida es una cuestión de hecho afirmada por la Sala sentenciadora, y para impugnarla el motivo segundo del recurso pretende demostrar con los informes de peritos arquitectos y Corredores de Comercio que la Audiencia ha incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas: pero no es legalmente posible combatir de esa manera la apreciación del Tribunal *a quo*, en primer término, y como fundamento de carácter general, porque ha declarado reiteradamente la jurisprudencia que los dictámenes periciales no son documentos auténticos a estos efectos, y además, como razón concreta para este caso, porque los informes invocados no contienen manifestaciones de hecho opuestas a las del Tribunal de instancia, el cual, dentro de sus atribuciones, ha dado a esos hechos una significación jurídica que ni hacen esos peritos ni sería propia de su carácter procesal.

FALLO.—No ha lugar.

COMENTARIO

En principio de extinción de las situaciones jurídicas de comunidad de bienes que recogen los artículos 400 y 1.501 del C. c. se lleva a sus últimas consecuencias por el arbitrio de procedimientos distintos de conversión en propiedad exclusiva de la parte compartida, según la naturaleza del objeto: «esencialmente indivisible» (art. 404), «inservible para el uso a que se destina» al dividirla (art. 401) o, simplemente, cuando «desmerezca mucho por su división» (artículo 1.062).

En estos casos, la adjudicación o la pública subasta vienen a borrar la situación transitoria, *mater rixarum*, que vió el Derecho romano y los ordenamientos jurídicos modernos.

Pero el Código civil se refiere a extremos arquetípicos de instituciones. Las nuevas figuras que la realidad plantea traen perfiles no dibujados jurídicamente. Tal es el caso de la propiedad de casas por pisos. Si se considerase un modo de comunidad, a ella serían aplicables las normas de los artículos 400, 401 y 404 del Código civil. Si se considerase propiedad individual, podía ser el fin a que tiende la *actio communi dividundo*. Si no se incluye en ninguno de estos casos, habrá que determinar, al menos, su naturaleza para poder aplicar en su orfandad normativa preceptos de una u otra figura. Esta es la postura inicial del Tribunal Supremo, aunque se refiera con impropiedad a las «disposiciones legales anteriores» y no a las instituciones como más exacta y comprensiva.

Por primera vez, desde que la Ley de 26 de octubre de 1939 modificó la redacción del artículo 396 del Código civil, ha tenido ocasión el Tribunal Supremo de enfrentarse y resolver el problema de la posibilidad de imponer a un coheredero, como modo de salir de la indivisión, el estado llamado de propiedad horizontal. Ningún precedente legislativo, ni jurisprudencial. Tan sólo un breve trabajo reciente pensaba doctrinalmente en esta posibilidad y la resolvía del mismo modo que lo hace la sentencia que comentamos (1). Su trascendencia, por tanto, es grande. En estas notas acotaremos el extenso campo con los mismos argumentos de los Considerandos.

La cuestión, tal como llegó al Tribunal Supremo y el cauce dado al motivo primero, no podía ser más concreta. La sentencia acumula razones para desestimarla a lo largo de cinco Considerandos. La conclusión es que la propiedad de casas por pisos es equiparable a la propiedad típica e individualizada. Una visión global nos hace observar que no es una preocupación jurídica, sino más bien económica la que se siente a lo largo de todo el procedimiento. Esta es la idea sobre la que se centra el debate: si será más o menos productivo el reparto del precio de la venta en pública subasta o la atribución individual de cada piso. Las sentencias de instancia parece que apoyaron su resolución en un argumento desacreditado, pero jurídico: la existencia de propiedad individual sometida a una servidumbre de indivisión (2). El Supremo vuelve a construir su doctrina con razones económicas.

(1) BULL, BALTASAR: «Derivaciones del problema de vivienda. Aspectos de la llamada propiedad horizontal», en *Revista General de Derecho*, febrero, 1951, páginas 87-92, especialmente página 91.

(2) Puede verse expuesta en PARDESSUS: «Traité de servitudes ou services foncières», París, 1936: octava edición, § 190. Y su crítica en NAVARRO ALBERTA: «Naturaleza y regulación de la propiedad de casas divididas por pisos o departamentos. En «Cuestiones de

No se puede rehuir el afrontar la cuestión de la naturaleza de la institución. Y esto es lo que parece que va a hacer y no hace la sentencia. El problema no ha sido resuelto definitivamente, ni es éste lugar de acometerlo. Pero la doctrina, la ley y la jurisprudencia dan elementos suficientes, si no para decirnos en todos sus detalles lo que es, si al menos para decirnos lo que no es y barruntar lo que puede ser.

La doctrina no incluye la propiedad de casas por pisos en ninguna construcción clásica de consideración dominical. Nadie habla de propiedad individual. Nadie tampoco de incluir la institución dentro de la incierta noción del artículo 392. Prescindiendo de la salida fácil que resulta de considerar una institución jurídica nueva, sin más, vemos que se forma el concepto yuxtaponiendo la propiedad de los pisos y la de los elementos comunes. Al pretender concertar los dos términos, ¿en qué relación de accesoriad resultan? La sentencia afirma rotundamente que las cosas comunes son accesorias y de menor valor económico. Un plebiscito doctrinal nos daría la resultante opuesta (3). ¿Acaso los cimientos, las paredes maestras, la «estructura» del edificio, el tejado, por no citar más, son accesorios a los huecos habitables? (4). El camino, sin embargo, es otro: conseguir un concepto superador de ambas ideas yuxtapuestas, que las englobe en una institución diferenciada. Y ésta se dibuja con las características de comunidad de bienes sobre el edificio entero (5).

Así lo ha visto también la jurisprudencia. La Resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de diciembre de 1935 considera a la propiedad horizontal como una modalidad particular del derecho de dominio (6), lo que no significa una afirmación contraria a la tesis comunitaria, porque también se considera a la copropiedad como una modalidad de la propiedad. En esta dirección el Tribunal Supremo ha sentado reiteradamente: que «el estar una casa dividida en pisos no borra la comunidad real y efectiva» (7), y que es un caso de «comunidad especial» (8), que los artículos 392 y 396 del Código civil regulan dos formas distintas de condominio (9), que «aunque cada partícipe sea dueño

Derecho privado de nuestra post-guerra», Barcelona, 1942, pág. 41; BATLLE VÁZQUEZ: «La propiedad de casas por pisos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1933, páginas 479 y siguientes, y en NOVILLO CORVALÁN: «La institución creada por la ley 13.512», en *La Ley*, Buenos Aires, 15 de octubre de 1951, páginas 1 y 2.

(3) Por no hacer demasiado larga la nota, citemos solamente los nombres: En favor del predominio jurídico de la comunidad: Castañ, Sánchez Román, Alvarez Cascos, J. González, Manresa, Ruiz Salas, Taulet, Burón, Casso, Ruggiero, Hemard, Sechi, Poirier, Planiol, Beaudry-Lacantinerie, Derchi, etc. En contra, tan sólo radicalmente: De Buen, Gómez Ruino, Maora y Rull.

(4) Vide NAVARRO AZPÉRTUA: loc. cit., y ALVAREZ CASCOS: «Condominio de casas divididas por pisos en Santander», en *Revista de Derecho Privado*, 1928, págs. 267-276.

(5) POIRIER: «La propiedad horizontal. Condominium», traducción castellana, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1960. NAVARRO, loc. cit., FERRINI: *Opere*, Vol. IV, páginas 131 y siguientes. HEMARD: «Précis élémentaire de Droit Civil», París, 1928, I, núm. 851. ROCA SASTRE: «Derecho Hipotecario», T. II, pág. 73, nota 1. CASTÁN: «Derecho civil español, común y foral», T. II, séptima edición, páginas 296 y siguientes.

(6) Así también BATLLE, loc. cit., y en «La reforma del artículo 396 del Código civil por la ley de 26 de octubre de 1939», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1942, páginas 243 y siguientes.

(7) Sentencias T. S. 22 junio 1892, 14 junio 1896, 17 abril 1896, 18 mayo 1897, 8 enero 1912, 5 mayo 1926, 11 noviembre 1927, 21 febrero 1931 y Resolución de la D. G. R., 21 junio 1917. (8 y 9) Sentencia T. S. 6 abril 1946.

de determinado piso, este derecho, por ser absolutamente inseparable del edificio entero, lejos de destruir, presupone la existencia de la comunidad y está subordinado a la misma tan indisolublemente como que no puede conservarse tal derecho sino en tanto en cuanto la cosa permanezca en estado de indivisión» (10). «Concorre en tal estado la indivisión que engendra la comunidad, siendo el derecho del dueño de determinado piso absolutamente inseparable del derecho sobre el edificio entero» (11). Finalmente, que no se puede «autorizar la pretensión de un condueño de que la cosa poseída proindiviso se divida por pisos y habitaciones, lo cual sería cambiar la forma del condominio». Este texto, que corresponde a la sentencia de 14 de junio de 1895, alegada en el motivo primero, lo desautoriza el Tribunal Supremo con la afirmación gratuita de que no ha seguido la evolución posterior esta concepción de la propiedad horizontal.

Tampoco la escasa regulación legal española parece solucionar la cuestión. Aparte de haber sido calificada la Ley de 1939 de «ley de circunstancias» (12), lo que por otra parte parece indicar la misma Exposición de motivos, se ha dicho también de ella que no intentó fijar las líneas de una construcción jurídica irreprochable (13). La lectura atenta del actual artículo 396 hace ver detrás de la atribución individual de los pisos «para abrir un cauce jurídico a la libertad contractual» (14), y de locuciones aisladas, como «derecho singular y exclusivo de propiedad» (párr. 1.º), «el propietario de un piso o parte de él» (párr. 5.º), «el propietario del piso o parte del piso» (párr. 6.º), la verdadera naturaleza comunitaria de la institución. Sin prevalerse de la situación del artículo, en el título III, libro II, que puede tropezar con el obstáculo de considerarse incluido a efectos de comodidad legislativa, se habla en él de las partes en copropiedad sin carácter de accesoriedad, pues no entraña esta afirmación el decir que son necesarias para su uso y disfrute. Habla la ley de «parte privativa», lo que hace suponer un todo formado por esas «partes», y de los «anejos inseparables» en «copropiedad indivisible». Establece una relación de mayorías para adopción de acuerdos que no se diferencian de la norma del artículo 398, que en otras legislaciones se atribuye a los Reglamentos preceptivos que han de redactar los copropietarios y que en la práctica jurídica española se traducen también en reglamentaciones internas de la relación jurídica (15). Se establece la prohibición de variar esencialmente el destino o estructura del piso, sin previo acuerdo, obtenido por mayoría, de los «otros interesados». Existe el deber de comunicación y un derecho, al menos similar al de tanteo, en la venta de los pisos. Y el Tribunal Supremo, ante la ausencia de regulación en la materia, considera también atribuible el retracto, expresa-

(10) Sentencia T. S. 18 mayo 1897.

(11) Sentencia T. S. 9 noviembre 1931.

(12) BATTLE: «La reforma, etc.», página 267.

(13) J. GONZÁLEZ: «Observaciones sobre la copropiedad pro indiviso», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1941, páginas 71 y siguientes.

(14) Exposición de Motivos.

(15) Vide DERCHI: «La proprietà dei diversi piani di un edificio nella dottrina e nella legislazione dell'Argentina», en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, 1961, vol. IV, pág. 42. POIRIER, ob. cit. NAVARRO ASPERTIA, loc. cit. LAJE, «Conservación y transformación de las partes comunes en la propiedad horizontal», en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (Buenos Aires), 19, 1950, páginas 469 y siguientes. DUVAL, Carlos A., «La propiedad horizontal en la ley argentina», en *Revista del Notariado* (Buenos Aires), 1, 1950, páginas 5 y siguientes.

mente, en la sentencia de 6 de abril de 1946, que el mismo tribunal da de lado en la sentencia que anotamos, cuando el retracto tiene como fin la desaparición de la comunidad (16). Y no puede considerarse a la misma relación como copropiedad para su desaparición por el retracto y como forma de propiedad individual para su nacimiento por conversión coactiva de la copropiedad hereditaria.

El hecho de que en la propiedad horizontal no se pueda ejercitar la división, no autoriza a pensar que pueda ser el término de la partición de la copropiedad ordinaria. Las razones para esta indivisión son las mismas que rigen para otras comunidades indivisibles, que constituyen la excepción al principio de divisibilidad de la cosa y extinción de la comunidad (17). Puede verse, en cambio, que la transformación operada coactivamente—no puede decirse, claro está, lo mismo en la voluntaria (18)—, operada en el derecho del condueño, entraña el paso de una situación de copropiedad que está en su mano destruir, en otra cuya única forma de evasión ha de ser la venta del piso atribuido, con todas las trabas de naturaleza comunitaria que la ley señala.

La escasa e insuficiente regulación de la ley no evita la complejidad de las efectivas relaciones, mucho más estrechas e íntimas que las de simple vecindad. Estas son relaciones extrínsecas al derecho de propiedad de cada vecino. Aquéllas están en la esencia misma de la institución. Las primeras representan fricciones físicas o jurídicas en dos derechos física y jurídicamente separados. Las de propiedad horizontal son relaciones jurídicas internas en unos derechos comunitarios sobre un objeto común, cual es el edificio. La consideración de la conveniencia económica en la solución jurídica dada a este problema ha incidido en la desconveniencia de dejar en roce continuo a unos copropietarios mal avenidos.

Pero, aparte esta consideración, cabe apreciar que la solución del Tribunal Supremo no es válida para siempre. En este caso se dieron cuatro pisos de valor equivalente para repartir entre cuatro hermanos. La cuestión no hubiese ofrecido tan poca dificultad si hubiese habido menos pisos, o más, sin ser múltiplo del número de coherederos, o en el caso de que los pisos tuviesen un valor muy distinto (19). Y, aun en el caso presente, cuando uno de los hermanos haya de vender su piso y lo ponga en conocimiento de los demás y éstos compren o ejerciten el retracto, ¿no se habrá dado un rodeo inútil, puesto que pudieron ahora obtener todo el inmueble indemnizando a los coherederos?

J. M. DESANTES

(16) Otra cosa distinta de su finalidad, que es indiscutible, es que se discuta su naturaleza, RULL, loc. cit.; GÓMEZ RAMO: «Algo sobre el párrafo quinto del nuevo artículo 396 del Código civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1947, páginas 465 y siguientes.

(17) Vid. Sentencia T. S. 3 mayo 1933; CASADO PALLARÉS: «La acción communi dividendo y la propiedad sobre pisos y habitaciones», en *Revista de Derecho Privado*, 1930, páginas 133 y siguientes. En contra argumentaba ALVAREZ CASCOS, loc. cit. Vid. también el conocido trabajo de PELAYO HORE: «La indivisión perpetua en el Código civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1942, páginas 458 y siguientes.

(18) ALVAREZ CASCOS, loc. cit. NAVARRO destaca su naturaleza de comunidad voluntaria.

(19) El mismo RULL limita la solución al caso de ser «practicable técnicamente».

Retroactividad. La disposición transitoria que ordena aplicar la Ley de 16 de julio de 1949 a los juicios de retracto arrendaticio en tramitación al publicarse aquélla, no implica la retroactividad de lo dispuesto en su artículo primero

SENTENCIA 3 OCTUBRE 1951

ANTECEDENTES.—Vendidas unas fincas arrendadas por escritura pública otorgada en 1.º de junio de 1949, sin que la existencia del arrendamiento fuera notificada por el propietario vendedor a la compradora ni por ésta la compra realizada a los arrendatarios, e inscrita la escritura de compraventa o nuevo dominio en el Registro de la Propiedad el día 13 de junio del propio año, los dos arrendatarios del predio vendido demandaron de retracto a la compradora el día 14 de diciembre siguiente al amparo del art. 16 de la Ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935, modificado por la de 16 de julio de 1949, haciendo constar, entre otros extremos, que no había tenido conocimiento de la venta realizada hasta el 24 de octubre de 1949, en que una hermana del vendedor, casada con uno de los arrendatarios retrayentes, se enteró por manifestación de aquél haber tenido lugar dicha enajenación. El Juez de 1.ª Instancia desestimó la demanda sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes, fundándose, entre otras cosas, en las siguientes razones: a) A la fecha de la publicación de la Ley de 16 de julio de 1949 (B. O. del 17), el derecho a retraer establecido a favor de los arrendatarios por el art. 16 de la Ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935—modificado por la citada de 16 de julio de 1949—había caducado por haber transcurrido más de un mes desde la inscripción en el Registro hasta la reclamación judicial o admisión de la demanda», que tuvo lugar el 17 de diciembre de 1949. b) «Que la Ley dictada con fecha 16 de julio, modificativa de los arrendamientos rústicos, entró en vigor el día de su publicación, como se desprende claramente del artículo segundo de la misma, y esa publicación tuvo lugar el día diecisiete del mismo mes, por lo que, en consecuencia, a partir de este día tiene su vigencia y sus efectos normativos y reguladores, no existiendo en su articulado ni en sus disposiciones transitorias precepto que establezca expresamente la retroactividad». c) «Que es norma de general aplicación—artículo tercero del Código civil—la irretroactividad de las leyes si no dispusieren lo contrario, habiendo aclarado la jurisprudencia—Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1927 y 20 de enero de 1934—que para ser estimada la retroactividad ha de hacerse constar ésta expresamente en las leyes que intenten aplicarse, lo que no ocurre en la Ley citada». d) La misma solución se obtiene aplicando el derecho transitorio—disposiciones transitorias del C. c.—considerado como régimen jurídico intertemporal de general aplicación, porque la compradora tiene un derecho adquirido e irresoluble el día que entró a regir la nueva Ley (Regla general de las transitorias del C. c.), porque el

derecho de retracto, como nacido de un hecho o acto realizado bajo el régimen jurídico anterior, se debe regir por éste (transitoria 1.^a), porque el contrato de compraventa de la finca fué válido conforme al régimen jurídico anterior, y aun cuando estaba afectado por una condición resolutoria legal, ésta había caducado por falta de ejercicio (transitoria 2.^a), y también porque nacido y no ejercitado, el derecho de retracto antes de la Ley de 16 de julio de 1949, debe subsistir conforme a la transitoria 4.^a del C. c., con la extensión y en los términos reconocidos por la legislación anterior, y c) Que no se oponen a los anteriores argumentos el que la disposición transitoria 2.^a de la nueva Ley ordene aplicar ésta a los juicios pendientes o en tramitación al publicarse la misma, ya que, por un lado, el caso es distinto por referirse a derechos nacidos y ejercitados; por otro, no se dispone expresamente de modo general la retroactividad y, por último, siendo la irretroactividad el principio general, la excepción ha de interpretarse restrictivamente.

Apelada la sentencia por los retrayentes, la Audiencia Territorial de Pamplona, por sentencia de 27 de mayo de 1950, revocó la del Juzgado y declaró haber lugar al retracto, estimando interesante recoger aquí los siguientes pronunciamientos del fallo de la Sala: a) La única cuestión planteada en esta segunda instancia es la de: si la acción de retracto se ha ejercido oportunamente teniendo en cuenta los hechos probados, por conformidad de ambas partes, que aparecen resumidos en el primer Considerando de la sentencia recurrida. b) Si se fija la atención en los términos absolutos en que la Ley deja redactado el párrafo primero del art. 16, que no ha cambiado («En todo caso de transmisión...»), aun cuando la supuesta transmisión se hubiera hecho antes de la publicación de la referida Ley, si el arrendatario está dentro del nuevo plazo, como les ocurre a los demandantes, no cabe duda que también pueden ejercitar la acción de retracto, ya que negar la posibilidad de aplicación de dicho art. 16 sería contrariar el propósito de la repetida Ley, que es, según su preámbulo, el de proporcionar medios jurídicos adecuados y eficaces para que los agricultores con posibilidades económicas adquieran las fincas que labran; y también significaría desconocer la redacción imperativa del párrafo aludido, que lleva en sí el principio de retroactividad, resultando por ello inadecuado el recurrir a normas de otras leyes supeditadas a lo que las especiales dispongan.

Esta sentencia fué objeto de recurso de revisión, basada en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.^o Injusticia notoria al amparo de la norma 7.^a de la disposición transitoria 3.^a de la Ley de 28 de junio de 1940, por falta de aplicación del art. 16 de la de Arrendamientos rústicos de 1935 y por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1.^o y 2.^o y disposición transitoria 2.^a de la Ley de 16 de julio de 1949.

2.^o También el de injusticia notoria por aplicación indebida e interpretación errónea del art. 3.^o del C. c., de aplicación en Navarra, y SS. del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1927, 22 de septiembre de 1948 y 20 de enero de 1934.

CONSIDERANDO: Que en los dos motivos de que consta el recurso se plantea, al amparo de la causa tercera de la norma séptima de la Disposición tran-

sitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1949, el problema de la retroactividad en relación con la Ley de 16 de julio de 1949, modificativa de los artículos 16 y 17 de la Ley Arrendaticia de 15 de marzo de 1935, por entender la parte recurrente, en contra de la tesis mantenida por la sentencia del Tribunal de Apelación, que a la expresada Ley de 16 de julio de 1949 no podía concedérsele efecto retroactivo en cuanto al caso que se debate en la presente litis: debiendo dejar sentados, como premisa indispensable para la resolución de la cuestión planteada, los siguientes hechos indiscutidos por las partes, y que se desprenden de los elementos documentales obrantes en los autos: 1.º Que las fincas objeto de retracto fueron vendidas por su propietario, D. Carlos L. G., a la demandada, D.ª Josefa G. E., por escritura pública otorgada el 1.º de junio de 1949 por el precio de 17.000 pesetas. 2.º Que la existencia del arrendamiento a que estaban afectas dichas fincas no fué notificada por el vendedor a la compradora, ni por ésta la compra a los arrendatarios actores en la litis. Y 3.º Que la expresada escritura de compraventa fué inscrita en el Registro de la Propiedad el 13 de junio de 1949.

CONSIDERANDO: Que si bien nuestra legislación civil consagra el principio de la irretroactividad de la Ley, no lo establece de un modo tan absoluto que no admita excepción del mismo, como corrobora el art. 3.º del Código civil; excepción que ha de derivarse, conforme a la doctrina jurisprudencial, bien de una declaración expresa de la propia ley, bien de su contenido al inferirse de él que su aplicación exige de una manera necesaria darle el indicado efecto, pues en otro caso las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una legislación anterior no pueden ser afectadas por la nueva Ley.

CONSIDERANDO: Que del examen de los preceptos que integran la indicada Ley de 16 de julio de 1949 se desprende que en la misma no se establece un principio absoluto de retroacción y únicamente en su disposición transitoria segunda se refiere a ella al preceptuar que los juicios de retracto en curso y en trámite de instancia serán fallados aplicando el art. 1.º de la Ley, debiendo, por tanto, limitar su efecto retroactivo a los indicados juicios, y en los demás casos habrá que atenderse al momento en que fué puesta en vigor, o sea el 17 del propio mes, para determinar si sus preceptos tienen o no fuerza obligatoria.

CONSIDERANDO: Que celebrado un contrato de compraventa de finca rústica arrendada, su definitiva adquisición por el comprador queda sujeta a una condición resolutoria, cual es la de que el arrendatario del inmueble que reúna las condiciones legales pueda ejercitar la acción para hacer efectivo el derecho de retracto, que en virtud de la transmisión ha nacido a favor del mismo, y, en tal sentido, si por dicho arrendatario se ejercita la expresada acción dentro del plazo y ajustándose a los requisitos que la legislación arrendaticia señala, la adquisición se resuelve, subrogándose el arrendatario en lugar del adquirente en las mismas condiciones del contrato de transmisión; pero si, por el contrario, aquél no ejercita la mencionada acción ajustándose al plazo legal, se consolida el derecho del comprador de la finca arrendada, pasando definitivamente al mismo el dominio de ella, de todo lo que se desprende que como durante la vigencia del art. 16 de la Ley de 15 de marzo

de 1935 antes de ser modificado por la de julio de 1949 han ocurrido los hechos en virtud de los cuales el derecho del adquirente de la finca se ha consolidado por haber caducado la acción del retrayente, la situación jurídica creada al amparo de aquel precepto en su primitiva redacción no podía ser alterada por la nueva Ley ampliatoria del plazo contractual y por la que se suprimio la inscripción registral como raíz de su cómputo, a no ser que se tratase de procesos cuya acción, ejercitada con anterioridad, se hallara en curso y en trámite de instancia al ponerse en vigor la nueva Ley, como se expone en el fundamento que se precede.

CONSIDERANDO: Que el art. 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935—antes de su nueva redacción por la de 1949—fijaba tres momentos consecutivos a partir de los cuales había de contarse el plazo de un mes que el indicado precepto marcaba para el ejercicio de la acción retractual: 1.º El de la notificación por el adquirente al arrendatario de la compra de la finca arrendada. 2.º De no haberse efectuado esta notificación, el de la fecha en que la transmisión se hubiese inscrito en el Registro de la Propiedad. Y 3.º En defecto de la inscripción, el del conocimiento por el arrendatario de las condiciones de la compraventa; y como en el presente caso, si bien—según se desprende de lo expuesto en el primer fundamento—por la adquirente de la finca arrendada no fué notificada la compra a los arrendatarios demandantes, si aparece inscrita su transmisión en el Registro de la Propiedad, cuya fecha - 13 de junio de 1949—había de ser tomada como raíz inicial del plazo retractual—o sea el de un mes—, y computado éste con arreglo a las normas del art. 7.º del Código civil hubo de terminar el 13 de julio siguiente, y, por tanto, con anterioridad al día 17 del propio mes de julio, en el que, como antes se ha indicado, entró en vigor la nueva Ley reguladora del retracto rústico; por lo que no habiéndose ejercitado en este procedimiento por los actores la acción retractual hasta el 14 de diciembre del mismo año, en el que fué presentada la demanda inicial del litigio, resulta patente que no dándose los supuestos que como se expresa en los fundamentos anteriores eran necesarios para la retroacción de la repetida Ley de 1949, ésta no podía ser aplicada al caso debatido.

CONSIDERANDO: Que el Tribunal de instancia, sin tener en cuenta que la acción retractual ejercitada por los actores había caducado y que por ende la adquirente demandada había consolidado su derecho de adquisición de la finca con anterioridad a la Ley de 16 de julio de 1949, funda la estimación de la demanda en la existencia de un nuevo plazo establecido por dicha Ley, dando una retroacción a la misma en relación al caso debatido que no se ajusta a lo en ella expresamente ordenado ni aparece impuesta por necesidades de su aplicación, y en tal sentido los dos motivos del recurso deben prosperar, toda vez que, por lo anteriormente razonado, son manifiestas las infracciones del art. 16 de la Ley de Arrendamientos rústicos antes de su modificación por la Ley de 16 de julio de 1949 y del art. 3.º del Código civil invocados en los motivos, por lo que procede la revisión de la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que de todo lo anteriormente sentado se infiere el que debiendo regirse el presente procedimiento retractual por el art. 16 de la Ley de 1935, antes de su modificación, hay que estimar que al ser ejercitada la acción fuera del plazo marcado por dicho precepto se hallaba caducada al interponerse el litigio, lo que impone la desestimación de la demanda.

FALLO: Ha lugar.

COMENTARIO

Aunque esta sentencia del Tribunal Supremo parece no quebrar la línea ya tradicional en nuestra jurisprudencia de admitir la aplicación retroactiva de las leyes aun en el supuesto de que no lo dispongan expresamente, pese a lo que podría deducirse del texto aislado del art. 3.º del C. c., puesto que reconoce en uno de los párrafos copiados que lo declarado en dicho precepto del Código no puede entenderse al pie de la letra por ser doctrina jurisprudencial la retroactividad de las leyes de cuyo contenido se infiera que su aplicación exige de una manera necesaria darle el indicado efecto retroactivo, debe estimarse por el contrario como una *rueda al principio de la irretroactividad absoluta, salvo declaración expresa y terminante de la nueva Ley*, separándose de la dirección señalada, entre otros fallos, por los de 3 de marzo de 1933 y 2 de junio de 1934 (Alec., 1939, págs. 640 y 641), 20 de noviembre de 1934 (Alec., pág. 826, año 1939), 24 de junio de 1935 (Alec., 1940, página 715), 17 de diciembre de 1941 (los tres últimamente citados por F. de Castro en la primera edición de su *Derecho Civil de España* en la nota (1) de las páginas 561 y 562) y 5 de octubre de 1943.

Puede decirse que en esta ocasión la Sala 5.ª del Tribunal Supremo ha venido a pronunciar su fallo como el árbitro deportivo que, entre dos buenos combatientes, ha de adjudicar a uno de ellos la victoria. Porque es, en efecto, en las sentencias del Juez y de la Audiencia, donde se alinean frente a frente, con no pequeño despliegue de fuerzas, las dos tesis contrarias de la irretroactividad y la retroactividad. De aquí que se hayan recogido con algún detalle.

El Tribunal Supremo, al decidirse por la revisión, ha venido a dar el triunfo a las terminantes afirmaciones antes copiadas de la sentencia del Juzgado: a) Es norma de general aplicación (art. 3.º del C. c.) la irretroactividad de las leyes si no dispusieren lo contrario, habiendo aclarado la jurisprudencia —las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1927 y 20 de enero de 1934— que para ser estimada la retroactividad ha de hacerse constar ésta *expresamente* en las leyes que intenten aplicarse, lo que no ocurre en la Ley de 16 de julio de 1949. b) Ni en el articulado de la Ley de 16 de julio de 1949 ni en sus disposiciones transitorias existen preceptos que establezcan *expresamente* la retroactividad. c) El contrato de compraventa de la finca fué válido conforme al régimen jurídico anterior, y aun cuando estaba afectado por una condición resolutoria legal, ésta había caducado por falta de ejercicio teniendo la compradora un derecho adquirido e irrevocable el día que entró a regir la nueva Ley. d) No se opone a los anteriores argumentos el que la disposición transitoria 2.ª de la nueva Ley ordene aplicar ésta a los juicios

pendientes o en tramitación al publicarse la misma, ya que, por un lado, el caso es distinto por referirse a derechos nacidos y ejercitados; por otro, no se dispone *expresamente* de modo general la retroactividad, y, por último, siendo la irretroactividad el principio general, la excepción ha de interpretarse restrictivamente.

No se diga que en la sentencia del Tribunal Supremo se omiten tales de claraciones, ya que valen tanto como ellas, aunque carezcan del vigor con que el Juez las formula, las que el Tribunal Supremo incluye en sus consideraciones al decir que no ejercitada la acción de retracto ajustándose al plazo señalado en la ley anterior de 1935, se había consolidado el derecho del comprador de la finca arrendada, pasando definitivamente al mismo el dominio de ella, por haber ocurrido durante la vigencia del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935—antes de ser modificada por la de julio de 1949—hechos en virtud de los cuales el derecho del adquirente se había consolidado por haber caducado la acción del retrayente, *no pudiendo la nueva ley* ampliatoria del plazo retratual *alterar la situación jurídica creada* al amparo de aquel precepto en su primitiva redacción, a no ser que se tratase de procesos cuya acción, ejercitada con anterioridad, se hallara en curso y en trámite de instancia al ponerse en vigor la nueva ley.

Si el Tribunal Supremo hubiera querido reiterar la doctrina jurisprudencial referente a la eficacia retroactiva de aquellas normas cuyo contenido y finalidad exige esa aplicación retroactiva, habría tenido que negar la revisión de la sentencia de la Sala de instancia que aplicó dicha doctrina al caso debatido. En apoyo de esta tesis hubiera podido aducir: *a)* La finalidad social de la nueva ley, evidenciada en su preámbulo según el cual las modificaciones introducidas tienden a procurar que el derecho de retracto facilite a los arrendatarios un medio verdaderamente eficaz de acceso a la propiedad de las fincas arrendadas, eliminando para ello las dificultades que oponía la regulación del retracto arrendaticio en la ley derogada (1). *b)* El carácter público que comúnmente se atribuye a las leyes de Derecho social como ésta de 16 de julio de 1949. *c)* La urgencia con que se debía aplicar la nueva ley, dado su carácter social, a fin de procurar que no continuara siendo en muchos casos ilusorio, como resultaba en la ley anterior, el derecho de retracto como medio de acceso a la propiedad de la tierra de los que como arrendatarios venían labrándolas, con lo que se buscaba, sin duda, dar realidad a la declaración contenida en el artículo 31 del Fuero de los Españoles, aprobado por Ley de 17 de julio de 1945, según el cual el Estado debe facilitar a todos los españoles el acceso a las formas de propiedad más íntimamente ligadas a la persona humana: hogar familiar, heredad, útiles de trabajo y bienes de uso cotidiano. Demuestra este aserto el artículo 2.º de la repetida Ley de 16 de julio de 1949, que dispuso su entrada en vigor desde el día de su publicación, fórmula muy poco usual a nuestras leyes. Y *d)* El escaso respeto que al legislador merecía la situación jurídica de los compradores de fincas que hubieran consolidado su adquisición frente a los arrendatarios de las mismas, conforme a la legisla-

(1) La finalidad social del retracto arrendaticio está reconocida por las sentencias de 3 y 14 de marzo de 1944; 3 de abril del mismo año; 11 de junio de 1945 y 6 de febrero de 1946, entre otras que podrían citarse.

ción anterior, por el simple transcurso del plazo de un mes a contar desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, cuya publicidad efectiva respecto de dichos arrendatarios es una pura ficción, evidenciado por el hecho de ordenar que se aplicarán los preceptos de la nueva ley *incluso* (2) en los juicios de retracto legal arrendaticio cuya tramitación se hallara en curso al publicarse la Ley de 1949.

En la diferente valoración dada a este último aspecto puede encontrarse quizá la clave explicativa de la solución adoptada. Toda la atención se ha fijado en la situación jurídica de la compradora de la finca, amparada en su derecho adquirido por la antigua legislación, con omisión o descuido del examen del derecho otorgado a los arrendatarios por la nueva ley, dándose así el caso de sacrificarse el derecho declarado en favor de éstos por la ley de 1949 en aras del que fué adquirido precisamente al amparo de una legislación cuya deficiencia se proclama por la nueva ley, y ello no sólo sin parar la consideración en el claro propósito del legislador de 1949, tan favorable a los arrendatarios, sino prescindiendo de que en un caso casi idéntico el propio Tribunal Supremo dedujo la retroactividad de una ley (la de 27 de julio de 1933) de la circunstancia de haberse dispuesto en ella que sus preceptos serían aplicables también a los juicios que se encontraran en tramitación, en cualquiera instancia, al publicarse dicha ley (Sentencia de 26 de noviembre de 1934, publicada en la *Gaceta* de 2 de agosto de 1935, según la cita de Alc., pág. 826, Ap. 1939).

Parece más lógica y acertada la deducción obtenida por dicha sentencia de 26 de noviembre de 1934, que no la afirmación hecha en el tercer considerando de los antes copiados, según el cual la Ley de 16 de julio de 1949 no establece un principio de retroacción, refiriéndose únicamente a ella su disposición transitoria segunda al preceptuar que los juicios de retracto en curso y en trámite de instancia serán fallados aplicando el artículo 1.º de la ley, coligiendo de aquí que debe por tanto *limitarse* el efecto retroactivo a los indicados juicios; pues sería una extraña *limitación del efecto retroactivo de la ley de 1949*, comparando el caso de autos con el que vamos a suponer, la de que si inscrita, por ejemplo, en el Registro de la Propiedad el día 1.º de enero de 1948 la venta de una finca arrendada, e interpuesta la demanda de retracto por el arrendatario el 10 de julio de 1949, pongamos por caso, porque se creyera con derecho a retraer por no haber sido notificado, o por mala fe, o por tener noticias de la existencia del proyecto de reforma del artículo 16 de la de Arrendamientos Rústicos (3), este arrendatario pudiera disfrutar de la protección de la Ley de 16 de julio de 1949, frente al derecho del comprador del inmueble, tan consolidado o más como el de la compradora favorecida por la sentencia que comentamos, por mediar la circunstancia de haber promovido un pleito incluso temerariamente... ¿No es más exacto que con un criterio así, que es el de la sentencia de 3 de octubre de 1951, lejos de *limitarse* el efecto retroactivo de la Ley de 16 de julio de 1949 resultaría, contradictoriamente, extendida en unos casos (los en que hubiere pleito pendiente) para proteger el derecho de retracto *ni* en perjuicio de *derechos adquiridos* con anterioridad.

(2) El subrayado lo deducimos nosotros por lo que luego se razona.

(3) Téngase en cuenta que se publican en la prensa los acuerdos del Consejo de Ministros, remitiendo los proyectos de ley a las Cortes, y que en el *Boletín* de éstas aparecen los proyectos y dictámenes.

y detenida en otros frente a esos mismos derechos, pese a ejercitarse el derecho nuevo con arreglo a las mismas normas legales? *Con una retroactividad así, que no es ni fuerte, ni débil, ni media, sino que pudiéramos llamar forense, se daría el peligro de sustituir los criterios doctrinales y objetivos anteriormente enumerados para decidir en cada caso acerca de la eficacia retroactiva de las leyes* (finalidad de la ley nueva, carácter público o social de sus preceptos, urgencia de sus remedios, etc.), *por el simplicísimo y poco deseable de la interpretación estrictamente literal*; lo que siendo, de repetirse casos como el presente, un estímulo para los promovedores de litigios, podría convertirse, además, en un medio apto para la resolución de las contiendas judiciales por los órganos legislativos (4).

Después de todo esto se comprenderá mejor por qué decíamos que la sentencia comentada viene a consagrar la doctrina de la aplicación absoluta y sin excepciones del artículo 3.º del Código civil, que según esta sentencia debe interpretarse en el sentido de que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren *expresamente* lo contrario...

Se ha llegado a esta conclusión, porque al resolver la colisión entre la ley antigua de 1935 y la ley nueva de 1949 sólo se ha pensado en las situaciones jurídicas o derechos adquiridos conforme a la anterior, sin parar mientes en los derechos nacidos, o mejor garantidos, con arreglo a la nueva ley. Es lástima que el Tribunal Supremo no haya extendido sus consideraciones al examen del conflicto planteado entre el derecho adquirido por la compradora de la finca conforme al artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 y el derecho otorgado a los arrendatarios con arreglo al nuevo artículo 16, tal como ha quedado redactado por la Ley de 16 de julio de 1949, pronunciando para ello la sentencia de altos vuelos doctrinales que las de primera y segunda instancia iban haciendo esperar a aquellos de mis lectores que empezaran por el principio la lectura de estas notas. De hacerlo así, nuestro más alto Tribunal se hubiera encontrado con que la disposición transitoria 4.ª del C. c., que el Juez cita en apoyo de su tesis (siguiendo el método que para la interpretación del artículo 3.º señala en su *Tratado de Derecho civil* D. Federico de Castro), no es favorable, como en la sentencia de primera instancia se dice, a la irretroactividad de la Ley de 16 de julio de 1949: ya que si es cierto que conforme a dicha disposición transitoria, aplicada a este conflicto de leyes, las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de ser dictada la nueva ley subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la ley anterior, también lo es que, según la propia disposición, tales acciones y derechos han de ejercitarse en cuanto a su ejercicio, *duración* y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en la ley nueva... ¡Y eso es, precisamente, lo que a nuestro entender reclamaba una interpretación progresiva de la Ley de 16 de julio de 1949!

Jaime MONTERO Y G.ª DE VALDIVIA
Abogado del Estado.

(4) Creemos que tanto está desorden como los inconvenientes de la multiplicación de disposiciones sobre una misma materia y el excesivo casuismo de algunas leyes, podría, muchas veces, evitarse si la jurisprudencia facilitara con una interpretación progresiva y finalista el desarrollo del Derecho.

II. SENTENCIAS DE LAS SALAS PRIMERA Y QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A cargo de José María CODINA, José María DE-SANTES, José María GONZALEZ, Juan HER-NANDEZ CANUT, José Antonio Prieto, Luis SANCHO MENDIZABAL y Abraham VAZQUEZ.

1. Sentencias de la Sala Primera

SENTENCIA 4 DICIEMBRE 1950

Casación por infracción de Ley—error de hecho en la apreciación de la prueba—documento auténtico.

Las cartas son documentos privados que no tienen a los efectos de la casación el carácter de documentos auténticos.

Letra de cambio—extinción de la relación cambiaria.

El abono en cuenta del valor de una letra de cambio hace perder a ésta su individualidad, convirtiéndola en partida de una cuenta ordinaria, y no se puede aplicar a la obligación que representa la prescripción trienal de la acción cambiaria.

Fianza mercantil—normas aplicables.

Los arts. 1.830 y 1.832 del C. c. no son aplicables a los afianzamientos mercantiles.

ANTECEDENTES.—La entidad bancaria demandante recibió en 15 de abril de 1936 una carta de la S. A. "P." y de los demandados, uno de ellos presidente del Consejo de Administración de la Sociedad, en la que, entre otros particulares, se autorizaba al Banco para fijar el vencimiento de una letra aceptada por ellos y para abonar su importe en una cuenta especial de "P.", destinándolo a garantizar las responsabilidades de cualquier orden que esta Compañía tuviese en aquel establecimiento. El 8 de noviembre de 1943 el Banco demanda el importe de la letra y de los gastos de protesto, fundándose en que representa una fianza del pasivo de la S. A. "P.". Los demandados niegan la existencia de la fianza y excepcionan por la prescripción trienal cambiaria. El Juzgado absuelve de la demanda y la Audiencia revoca su sentencia.

MOTIVOS.—1) Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción del art. 1.225 del C. c.

2) Error de hecho en la apreciación de la prueba.

3) Violación de los arts. 1.281, 1.283 y 1.285 del C. c.

4) Violación de los arts. 29, 35, 36 y 38 del C. c. y 116, 121, 122, 153, 156 y 174 del C. de c. y 444, 456, 480, 516, 521 y 527 del mismo C.

5) Violación del art. 461 del C. de c., 170 del C. c. y de las sentencias del T. S. de 13 de enero de 1902 y 18 de junio de 1914, del artículo 950 del C. de c. y de las sentencias del T. S. de 30 de junio de 1910 y 2 de abril de 1925, del art. 944 del C. de c. y sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1925 y 4 de mayo de 1928 y del artículo 520 del C. de c.

6) Violación de los arts. 1.882 y 1.827 del C. c.

7) Violación del art. 1.822 del C. c.

8) Violación de los arts. 1.824, 1.847, 1.856, 1.157, 1.195, 1.196 y 1.202 del C. c.

9) Violación de los arts. 1.830 y 1.832 del C. c., en relación con el 50 del C. de c., y de las sentencias del T. S. de 16 de noviembre de 1900, 10 de diciembre de 1915, 22 de noviembre de 1916 y 12 de julio de 1919.

CONSIDERANDO: Que no pueden estimarse los errores de hecho que mencionan los motivos primero y segundo del recurso, en primer término porque las cartas en que quieren fundarlos no tienen, a los efectos de la casación, el carácter de documentos auténticos, pues son documentos privados no firmados por las partes más que una de ellas, en la que no se hace referencia a la cuestión de la interrupción de la prescripción planteada en estos motivos, y además porque no dice la de 15 de abril de 1936 lo contrario de lo afirmado por la Sala sentenciadora, como sería necesario para demostrar el error de ésta, según constante jurisprudencia; ni tampoco el error de derecho alegado en ese primer motivo, porque se pretende hacer pasar como tal error en la apreciación de la prueba la cuestión, muy distinta, de la interpretación del contenido de esas cartas.

CONSIDERANDO: Que los motivos tercero y sexto del recurso se concretan a combatir la interpretación que da el Tribunal "a quo" a la citada carta de 15 de abril de 1936, para concluir que no se constituyó por ella la fianza base de la condena, pero se desconoce que la sentencia llega a afirmar la existencia de ese afianzamiento no sólo por esa carta, sino por todas las relaciones mercantiles que existían entre las partes de este pleito y la Sociedad "P., S. A." y el estado económico de tales relaciones en la época en que se libró la letra y se firmó la carta en cuestión, por lo que rectamente sostiene en sus considerandos tercero y cuarto que la causa de tal letra fué el afianzamiento por los demandados de las responsabilidades de "P., S. A." con la entidad bancaria demandante, y que esto lo confirma, y no lo crea la repetida carta de 15 de abril de 1936, por lo que esos motivos tercero y sexto son inestimables.

CONSIDERANDO: Que el motivo cuarto del recurso carece de toda eficacia, al impugnar la afirmación de la sentencia de que la cambial de autos ha sido librada por "P., S. A." contra ella misma, en primer término porque el artículo 446 de nuestro Código de comercio admite que las letras se giren al propio cargo del librador, y por ello ésta sería válida

estuviera o no girada, como estima el recurrente; y en segundo lugar porque la acción que se ejercita es la del afianzamiento constituido por los demandados, de modo que es indiferente para la existencia de la obligación que exista o no la identidad que se impugna y se trata en el considerando quinto de esta sentencia.

CONSIDERANDO: Que el motivo quinto se dirige contra la desestimación por la Sala sentenciadora de la prescripción trienal de la obligación cuyo cumplimiento se reclama; pero si el Banco aplicó el valor que la cambial representaba a extinguir las deudas que con él tenía la Sociedad libradora mediante su abono en la cuenta que había entre ellos, según la autorización de la carta de 15 de abril de 1936, es indiscutible que esa letra y la cantidad que representaba perdieron su individualidad, porque se transformó en partidas de una cuenta ordinaria, y no puede aplicarse a ésta la pretendida prescripción de tres años de la acción cambiaria que este motivo propugna, y no es necesario entrar a dilucidar, por lo tanto, si las cartas que menciona interrumpieron esa prescripción, pues no ha transcurrido, a todas luces, el plazo para la prescripción ordinaria de las acciones personales.

CONSIDERANDO: Que no hay la unidad o confusión de personas de fiadores o fiados que sostiene el motivo séptimo del recurso, porque los demandados, por el acepto de la letra, respondían directamente de las obligaciones nacidas de esa cambial y por la fianza que constituyeron en la forma y ocasión que se recogen en el considerando segundo de esta sentencia se hacen responsables subsidiariamente de cuantas obligaciones tenía contraídas "P. S. A." con el Banco demandante, aun extinguida la acción cambiaria y su obligación nacida de la letra, y precisamente es entonces cuando sustituye su obligación de fiadores a la que se extingue como aceptantes, y no subsisten coetáneamente su obligación principal y la subsidiaria.

CONSIDERANDO: Que el motivo octavo parte de la base equivocada de que puede extinguirse un crédito contra un deudor con el abono en cuenta del valor de una letra librada por el mismo y que no se paga en forma alguna, lo que es absurdo, pues de admitir esto se llegaría a la conclusión de que sin haber desembolsado ni compensar las deudas podrían extinguirse éstas, pues lo que ocurre es que podrá abonarse en cuenta el crédito que esa letra representa y extinguirse aquél en cuanto a su deudor, pero quedarán respondiendo de esa cantidad los obligados a pagarla, aunque ya no sea por acción cambiaria si autorizaron, como en el caso actual, la subsunción del valor de la letra.

CONSIDERANDO: Que admitido por esta sentencia el afianzamiento que se viene discutiendo no procede el motivo noveno y último del recurso, pues no podrían ampararse los fiadores en el beneficio de excusión, por no ser de aplicación a este caso el precepto general del artículo 50 del Código de comercio y los que se invocan del Código civil, porque no son éstos aplicables a los afianzamientos mercantiles, y además por haber apreciado la sentencia recurrida como hecho, que no ha sido impugnado

en forma, que los bienes que designaron los demandados del deudor principal no eran suficientes para hacer pago de la deuda reclamada.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 5 DICIEMBRE 1950

Testamentos—invalidéz—causas.

No sólo habrán de considerarse nulos los testamentos en los casos en que la Ley expresamente lo declara, sino también en aquellos otros en que su validez resulta imposible por falta de los requisitos y formalidades que el Código exige.

Testamento ológrafo—invalidéz formal—causas.

La invalidéz formal del testamento ológrafo sólo puede ser determinada por la falta de los requisitos que señala el art. 688 del C. c., entre los que no figura la expresión de la hora en que fueron otorgados, dato que solamente será objeto de discusión para determinar cuál de dos testamentos fechados en un mismo día revocó al otro.

Casación por infracción de Ley—disposiciones contradictorias.

Según constante doctrina de esta Sala, la contradicción a que se refiere el art. 1.692, núm. 4.º de la LEC., ha de resultar de los términos del fallo entre sí o de una notoria incompatibilidad en sus distintos fundamentos.

Casación por infracción de Ley—incongruencia—cuando existe.

Para que pueda invocarse infracción del art. 359 de la LEC., es necesario que el fallo no sea congruente con alguna de las pretensiones deducidas con oportunidad por los litigantes o que no contenga declaración sobre ellas.

ANTECEDENTES Y MOTIVOS.—Véanse los Considerandos.

CONSIDERANDO: Que doña P. F. O., escribió y autorizó con su firma fechándolos el 7 de mayo de 1942, dos documentos en los que con identidad de redacción dispuso de sus bienes para después de su muerte, sin que entre el contenido de ambos se den más diferencias que la de haberse agregado en uno de ellos al nombre de la legataria J. G. F., para que lo fuese en defecto de la misma, el de su hija F. F. G. y la de

designarse como Albacea al Notario don J. L. P. M., o en su defecto a cualquiera que desempeñase el cargo de Párroco de Luarca, mientras en el otro aparece nombrado el mismo don J. L., “de acuerdo con el señor Cura Párroco y don Francisco Fernández Díaz, sobrestante de esta Villa”.

CONSIDERANDO: Que con base en este hecho cierto dedujo D.^a D. O. S., colateral en tercer grado de la testadora, la demanda inicial del pleito, en la que haciendo alegación de que no se consignaba en los referidos documentos la hora en que se otorgaron, impugnó en el cuerpo de su escrito “la validez y eficacia de las disposiciones testamentarias” que ambos contenían, “teniéndolas por nulas e inexistentes”, apuntando como razones de apreciarlas así “que los testamentos denotaban vacilación, presión circunstancial coactiva e interinidad manifiesta, “que la testadora coaccionada por circunstancias reales e imaginarias las había otorgado sin la necesaria reflexión” y “que la misma las revocó aunque materialmente no lo hubiera llevado a efecto, al manifestar antes de ser operada que quería otorgar testamento”.

CONSIDERANDO: Que también con extensión innecesaria discurre la recurrente en el tercero de sus motivos, acogido al número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, en torno a la afirmación de que al no declarar la Sala de instancia la nulidad de los testamentos cuestionados infringió los artículos 743, 4.º y 687 del Código civil, aduciendo para ello que habiéndose de entender aquél en armonía con éstos no sólo habrán de ser considerados nulos los testamentos en los casos en que la Ley expresamente lo declara, sino en aquellos otros en que su validez resulte imposible por falta de los requisitos y formalidades que el Código exige, apreciación acertada a la que lo resuelto en la sentencia recurrida no se opone; pero de la que no cabe deducir en derecho, como en el motivo de pretender la nulidad de los testamentos ológrafos por no expresar la hora en que fueron otorgados, ni la consiguiente infracción que acusa del artículo 688 del Código civil, por que sólo la falta de los requisitos que el mismo precisa pueden determinar su invalidez formal, y entre ellos no se exige el de la hora en que quedaron otorgados, siendo cuestión distinta de la de nulidad de los mismos la que pudiera suscitarse, cuando aquella circunstancia no consta y aparecen dos o más fechados en un mismo día con disposiciones inconciliables, sobre revocación de uno por el otro, no planteada ni debatida en el pleito, según con anterioridad, se ha considerado, y en todo caso ajena al interés, y consiguientemente a la acción de la actora recurrente puesto que en ninguno de tales testamentos ha sido designada en concepto alguno.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 1 FEBRERO 1951

Casación por infracción de ley—error de derecho en la apreciación de la prueba—preceptos alegables como infringidos.

La cita del art. 1.214 del C. c. no puede fundar la casación por error de derecho en la apreciación de la prueba, pues no se refiere a la valoración de la misma.

Casación por infracción de Ley—cuestiones nuevas.

La alegación de cuestiones nuevas es inoperante en casación.

SENTENCIA 15 FEBRERO 1951

Contratos—tipificación.

La naturaleza de un contrato no se altera por la denominación que los contratantes le atribuyan, sino que depende del contenido de las estipulaciones que lo integran.

ANTECEDENTES.—El demandante estipula un contrato con el demandado, que ellos titulan de arrendamiento de explotación industrial de una casa de comidas por un período de tres años, y por el mismo contrato vende todos los enseres, ropas, cacharros de cocina al arrendatario demandado.

Transcurrido el plazo, los arrendatarios se niegan a desalojar el local por tratarse de arrendamiento de un local de negocios regulado por la Ley de Arrendamientos urbanos, y no un arrendamiento de industria como sostiene el demandante, que interpone demanda de desahucio. La Audiencia desestimó la demanda y el arrendador interpuso recurso.

CONSIDERANDO: Que reconocida por ambas partes la autenticidad del documento en que consta el contrato que las une, el problema fundamental planteado es el de la interpretación de dicho contrato, cuya naturaleza no se altera por la denominación que los contratantes hubiesen estimado oportuno atribuirle, sino que depende del contenido de las estipulaciones integrantes del mismo.

CONSIDERANDO: Que si bien en el aludido documento se declara que lo arrendado es la explotación del establecimiento del recurrente, aparece del apartado A) de la cláusula 2.ª de aquel, que el objeto del arriendo lo constituyen los locales que dicha cláusula señala, pues los elementos organizados que venían integrando la industria explotada por el arrendador—muebles, ropas, existencias y enseres—no se dan en arriendo conjuntamente con dichos locales, sino que se ceden en propiedad a los recurridos mediante el pago de un precio que se fija con independencia de la merced arrendaticia, como claramente aparece de la cláusulas 3.ª,

4.ª y 5.ª del repetido documento, o sea, que en virtud de lo pactado se convirtieron los recurridos en propietarios de tales muebles, ropas, existencias y enseres, sin quedar obligados a devolver, al extinguirse el plazo señalado para la duración del arriendo, ni aquellos elementos de la organización industrial, tal como ésta venía siendo explotada con anterioridad, ni otra que, en el caso de desaparición o menoscabo de los mismos, pudiesen sustituirlos, y sí solamente los locales en que el negocio del arrendador tenía su asiento.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 20 FEBRERO 1951

Casación por infracción de Ley—cauce de impugnación del error de hecho.

Las afirmaciones de hecho del Tribunal de instancia sólo pueden ser impugnadas por la vía del núm. 7.º del art. 1.692 LEC.

SENTENCIA 15 MARZO 1951

Arrendamiento de industria—conceptos.

Una industria preexistente no deja de considerarse como tal a los efectos jurídicos derivados de su arrendamiento, aunque al otorgarse el contrato no se halle en actividad, siempre que pueda ser puesta en funcionamiento de un modo inmediato por el arrendatario sin otra dilación que el cumplimiento de meras formalidades administrativas.

SENTENCIA 16 ABRIL 1951

Préstamo usurario—prueba—valoración por el juzgador de instancia—actitud del Tribunal de casación.

El juzgador en materia de usura no ha de atender solamente al valor demostrativo de las alegaciones del que reclama, sino también a la actitud en que se coloca el demandado en cuanto pueda ser reveladora o infundir vehementemente sospecha de una falta de sinceridad en la manera cómo en el proceso se conduce.

Si bien el T. S. en los recursos sobre préstamos usuarios puede entrar en el análisis de la prueba practicada, no debe dejar de tener en consideración los supuestos y apreciaciones de hecho fundamentales de la sentencia recurrida, que sean sustentadores de la convicción del juzgador.

Casación por infracción de ley—requisitos—impugnación del fallo.

No es procedente el motivo que se dedica a combatir un razonamiento hipotético de la sentencia de instancia sin atacar la declaración básica de la misma.

Casación por infracción de ley—apreciación de los hechos—cauce de impugnación.

Es improcedente la vía del núm. 1.º del art. 1.692 de la LEC, para impugnar una declaración de hecho como es la de que la cantidad recibida por los propietarios fué menor que la que se suponía prestada.

ANTECEDENTES.—Los demandantes reclaman la nulidad de un préstamo por su declaración de usurario, fundándose en que habiendo sido entregada por el prestamista la cantidad de 50.000 pesetas efectivas, se hacía constar en la escritura pública que eran 200.000 pesetas las debidas. El demandado alega que el montante no entregado era el resto de unos préstamos garantizados con hipoteca, ya cancelada, pero aun no íntegramente satisfechos. Se practican las pruebas y el Juzgado y la Audiencia estiman la demanda.

MOTIVOS.—Primeramente.—Fundado en el número séptimo del art. 1.692 en la modalidad que permite el art. segundo de la Ley de 23 de julio de 1908, según Sentencias del T. S. de 18 de junio de 1945, 31 de marzo de 1944 y 24 de abril de 1941.

Segundo.—Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por interpretación errónea y aplicación indebida del artículo primero, párrafo segundo de la Ley de Usura.

Tercero.—Fundado en el mismo precepto y con la misma motivación.

CONSIDERANDO: Que lo debatido en este pleito puede encuadrarse en una simple cuestión de hecho reducida a determinar si en el contrato de préstamo celebrado en 12 de agosto de 1931 entre el demandado prestamista y los actores prestatarios, recibieron éstos menor cantidad de la que figura como objeto del contrato en la escritura pública que le contiene, supuesto en el que habría de ser de ineludible aplicación el párrafo segundo del artículo primero de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre represión de la usura, y como fué afirmada tal realidad por la Sala sentenciadora en méritos de la contrastada apreciación de las alegaciones de los litigantes y elementos probatorios aducidos, declaró aquélla la nulidad del contrato debatido en su resolución de 22 de marzo de 1948, contra la cual se ha interpuesto por el demandado el presente recurso de casación, cuyo primer motivo se ampara en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, formulado por el recurrente de una manera algo extraña, sin duda porque se da cuenta de que, eximida esta materia del rigor de la prueba tasada, no tiene adecuado encaje con la eficiencia formal de la norma procesal común, la invocación de haberse consentido errores de hecho o de derecho, según enseña la doctrina legal (Sentencia de 9 de julio de 1947), y, por ello,

sin denunciar una u otra clase de error (y con esta vaguedad se percibe la inconsistencia del motivo) pretende descubrir la infracción alegando que al examinar los hechos el juzgador de instancia incurrió en error al no estimar que, según aparece de la certificación del Registrador de la Propiedad de B., apartados D, E, F y G, existieron anteriormente entre ambos litigantes cuatro préstamos garantizados con hipoteca, que importaban en junto 700.000 pesetas, y en el acto de cancelarlos se realizó una liquidación mediante la cual el demandado prestamista recibió 763.087 pesetas, es decir, la totalidad de los préstamos y 63.087 pesetas más como importe de intereses, y como el juzgador efectúa un cálculo sobre el montante de los intereses de aquellos cuatro anteriores préstamos hipotecarios y deduce que el prestamista dejó de percibir 62.408 pesetas, está claro que sumada esta cantidad a las 50.000 pesetas que de modo indubitado consta que fueron entregadas, resulta que los prestatarios recibieron de manera efectiva 112.408 pesetas, por lo que la sentencia incurre en notoria inconsecuencia al ordenar por razón de la nulidad declarada del contrato de préstamo objeto del pleito que se devuelvan por los prestatarios sólo las 50.000 pesetas que por medio de las dos cambiales les fueron entregadas y estimula a esta Sala a que en uso de sus prerrogativas en esta materia corrija esta errónea deducción de los hechos que efectúa el Tribunal a quo.

CONSIDERANDO: Que, si bien es cierto que por imperativo del artículo segundo de la Ley especial de represión de la usura puede este Tribunal Supremo en los recursos sobre esta materia de que conozca entrar en el análisis de la prueba practicada en el juicio, no lo es menos que según criterio con reiteración expuesto, no debe dejar de tener en consideración los supuestos y apreciaciones de hechos fundamentales de la sentencia recurrida que sean sustentadores de la convicción del juzgador, y si se aplica esta doctrina al presente litigio, habrá de reconocerse que por lo que respecta al concreto examen del contrato de préstamo de 12 de agosto de 1931, las alegaciones de los litigantes y los escasos elementos probatorios aducidos han sido correctamente valorados por la Sala de instancia, sin que exista la inconsecuencia que el recurrente denuncia como base del primer motivo de su recurso, según queda expresado en el considerando anterior, porque la alusión que el juzgador de instancia hace a los contratos de préstamos anteriores y su posible repercusión en el ahora debatido, es un argumento complementario e hipotético, ya que las cifras con que actúa no han sido alegadas por ninguna de las partes ni comprobada su exactitud, tendente a demostrar que, aun haciendo la máxima concesión a lo insinuado por el demandado de que la liquidación que se dice efectuada fuese la realizada en la cancelación de aquellos ya fenecidos préstamos, siempre resultaría que la cantidad que figura como adeudada en este último contrato que se discute es mayor que la que realmente se entregó a los prestatarios, que es la única razón de pedir que ha motivado este pleito, y como la aludida certificación del Registrador de B. se refiere a contratos que nada tienen que ver con el debatido y es, por tanto, inoperante y el motivo se

límita a combatir el razonamiento hipotético antes expuesto, sin atacar la declaración básica de la sentencia de que la cantidad entregada fué menor de la que se supone prestada, es visto que no ha incurrido la Sala de instancia en infracción alguna y procede desestimar el primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo de casación que se ampara en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil insiste el recurrente en que la liquidación a que se alude en el contrato debatido fué la realizada al cancelarse los préstamos que con anterioridad ligaron a ambas partes litigantes, y si esta liquidación fué real y efectiva y su saldo se incluyó en el préstamo que se discute, fué equivocada la interpretación y aplicación que hizo la Sala de instancia del párrafo segundo del artículo primero de la Ley sobre usura y doctrina jurisprudencial que señala e incidió en error al calificar este préstamo como usurario, pero aparte de ser inadecuada la impugnación por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal de una declaración de hecho como es que la cantidad recibida por los prestatarios fué menor que la que se suponía prestada, la argumentación del recurrente viene en todo caso a dejar subsistente esa declaración fundamental de la sentencia, porque ya fuera la liquidación originaria de la deuda supuesta la que se realizó en la Notaría el 25 de marzo de 1930, al cancelar los préstamos anteriores, y en que hace hincapié el recurrente, o fuera la que se dice efectuada *recientemente* en la escritura de préstamo de 21 de agosto de 1931, ya que con las dos se juega en el litigio y ni la una ni la otra se acreditan en su cuantía, en ningún momento se ha justificado cuál fuera el saldo que resultase de cualquiera de ellas, representativo de la cantidad suficiente para modificar contradiciéndola la aseveración de la Sala, que era prueba que incumbía obligadamente al demandado, y en consecuencia, al no ofrecérsele al juzgador de modo concreto otros elementos de juicio que los consignados en la escritura de préstamo discutida, era ineludible la resolución adoptada, porque, como enseña la Jurisprudencia, el segundo párrafo del artículo primero de la Ley de represión de la usura de 23 de julio de 1908 estatuye que el suponer recibida en un préstamo mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias, es suficiente para que sean aplicables las sanciones establecidas en los preceptos de la misma Ley, y como el montante del préstamo a que se refiere la escritura de 12 de agosto de 1931, origen del pleito, es de 200.000 pesetas, de las que en el mismo documento sólo aparecen percibidas por los prestatarios 50.000 en dos cambiales que en el acto les fueron entregadas, y no hay prueba alguna que justifique o pretenda hacerlo cuándo y cómo recibieron los actores las otras 150.000 pesetas, es evidente que la Sala de instancia aplicó debidamente la norma y doctrina legal que se suponen infringidas y procede la desestimación de este motivo segundo.

CONSIDERANDO: Que en el tercer motivo, formulado asimismo al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, y

con denuncia de la misma infracción que en el motivo anterior, parte el recurrente para su razonamiento de los cálculos sobre la cantidad que el demandado debió de haber recibido como importe de los intereses devengados por los cuatro préstamos hipotecarios anteriores y ya cancelados, que utilizó el juzgador de instancia para reforzar su tesis, y que, como anteriormente se dice, sólo fué un argumento complementario e hipotético que se añadió otorgando las máximas concesiones a lo alegado por el demandado, sin constituir, desde luego, el fundamento principal de la sentencia, y sobre aquel supuesto hecho de que habían dejado de abonarse unos intereses, afirma que *no es inverosímil*, son sus palabras, que sumado el importe a que ascienden éstos a otras cantidades producto de intereses también y gastos a que alude y que ni aproximadamente cifra, llegase a formarse la totalidad de las 150.000 pesetas que se reconocen debidas en la escritura de préstamo discutida; pero *esta forma de argumentar por medio de presunciones deducidas de un hecho improbadado y sólo hipotéticamente admitido, no puede tener eficacia en casación y lleva forzosamente a la desestimación de este motivo tercero y último del recurso, sin que deba tomarse en cuenta la alusión que hace el recurrente a la falta de sinceridad procesal de los actores, que negaron al principio deber cantidades al demandado, que luego resultaron acreditadas, estimando que esta insinceridad habría debido ser elemento esencial para el criterio del juzgador, porque esta advertencia normativa sólo sería aplicable al recurrente, ya que la doctrina de esta Sala tiene establecido que para formar su convicción el juzgador en esta materia de usura no ha de atender solamente al valor demostrativo de las alegaciones del que reclama, sino también a la actitud en que se coloca el demandado en cuanto pueda ser reveladora o infundir vehemente sospecha de una falta de sinceridad en la manera como en el proceso se conduce, y en el caso presente, no obstante alegar continuamente la existencia de una liquidación de deudas con los actores, eludió presentar el demandado documento alguno ni cualquiera otra clase de prueba que justificara la realidad de sus aseveraciones.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 18 ABRIL 1951

Casación por infracción de ley—control de la equidad.

El recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal no es extensivo al sentido general de equidad en que el Tribunal de instancia haya podido inspirarse al aplicar los preceptos legales.

Error de cuenta—recurso que puede fundar.

Un mero error de cuenta en la sentencia impugnada no es susceptible de recurso de casación, sino del recurso de aclaración de la sentencia a que se refiere el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Costumbre—requisitos—significado de las tarifas de los Colegios de Abogados.

Las tarifas de los Colegios de Abogados no equivalen a la norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos realizada con intención jurídica en que consiste fundamentalmente la costumbre, dado su carácter unilateral, ni puede decirse que ellas justifiquen otra cosa que una orientación para los profesionales, según reconoce el Estatuto de la Abogacía de 28 de junio de 1946 en su artículo 37.

Honorarios de los abogados—determinación de minuta por intervención facultativa en una transacción—facultad conferida a los Tribunales de Justicia para moderar, por excesivas, las minutas—honorarios extrajudiciales.

Cuando concurren a la transacción tres letrados, uno por cada parte contratante, debe regularse el importe de las minutas de éstas teniendo en cuenta no la totalidad de los bienes objeto de la transacción, sino el de los que hubiera adquirido el interesado como consecuencia de ésta.

La facultad conferida a los Tribunales de Justicia para moderar, por excesivas las minutas de los letrados otorgadas a dichos Tribunales por el artículo 428 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando se trate de honorarios devengados en actuaciones judiciales, debe reputarse del mismo modo aplicable al caso de impugnación de honorarios extrajudiciales, por evidente identidad de razón en uno y otro caso.

SENTENCIA 20 ABRIL 1951

Sustitución fideicomisaria—requisitos—obligación de conservar y restituir.

No solamente impone el art. 785 del Código civil que, cuando no se da el nombre de sustitución fideicomisaria, se imponga al primer llamado dicha obligación, sino que con decir "terminante" quiere darle un carácter absoluto, que no admite excepciones ni reservas, y con ello concuerda el concepto que da de las sustituciones fideicomisarias el artículo 781, concepto que es el más conforme con la jurisprudencia.

Principios generales—actos propios.

Nadie puede ir válidamente contra sus propios actos.

Partición—prohibición de impugnar la verificada por los albaceas, impuesta por el testador bajo pena de exclusión para los herederos y legatarios.

No pueden ser discutidas ni impugnadas las operaciones particionales, sin contrariar la voluntad del testador, ley de la sucesión.

Casación por infracción de ley—error de hecho en la apreciación de la prueba—documento auténtico—testamento de interpretación controvertida.

Al citar dicho testamento, de acuerdo con la interpretación que se propugna por la parte, como documento auténtico, se sustituye el criterio del Juzgador por el propio, por lo que hay que apreciar que no se trata de una cuestión de hecho que pueda ampararse en el número 7.º del artículo 1.692 de la LEC, sino de una cuestión de interpretación de testamento.

CONSIDERANDO: Que las cuestiones fundamentales debatidas en este pleito son concernientes a la interpretación y eficacia de las disposiciones contenidas en el testamento otorgado en 6 de noviembre de 1921 por don J. B. S., fallecido en 29 de agosto de 1929, en cuanto pueden afectar a derechos de los litigantes, así como a la validez y eficacia de las operaciones particionales formalizadas en 6 de agosto de 1930, cuestiones conexas entre sí y que en función de tal conexión deben ser examinadas.

CONSIDERANDO: Que el recurrente alega que en la cláusula 21 del testamento se dispone que todos los bienes inmuebles que hubieren de recibir los sobrinos del testador, R., C., F., B. S., por cualquier concepto, los tendrán en su poder como herederos vitalicios, no pudiendo enajenarlos ni cederlos, sino en el caso de verdadera necesidad, producida por inesperadas y razonables circunstancias y careciendo de bienes propios, caso en el cual podrán ir vendiendo los que sean precisos para atender a sus necesidades, y una vez que fallezcan pasarán los bienes a los descendientes que dejaren, y no dejándolos pasarán al hermano o hermana sobrevivientes o a los descendientes de éstos en su representación y, finalmente, si el último de los citados hermanos que quedase falleciese sin descendencia, se harán cargo de los bienes los albaceas a los efectos que se expresan, de lo que deduce el actor que, al morir don F. B. S. sin sucesión, debieron ir los bienes por él heredados a sus hermanas C. y R., quedando afectos al derecho de los hijos de C., como fideicomisarios, y que, siendo así que las dos fincas sobre que versa el litigio se adjudicaron en las operaciones particionales al nombrado F., como propiedad libre en pago de una cantidad que había adelantado para cumplir los legados, se quebrantó el testamento, haciéndose una enajenación de bienes que estaban vinculados y que, sin embargo, se otorgaron al don F. como libres, sin que hubiese necesidad, según el actor, pues había en la herencia bienes muebles que pudieron ser vendidos, y como quiera que las dos fincas,

a su juicio indebidamente enajenada; en el convenio de particiones se adjudicaron después, en la testamentaria de don F. B. S., a su viuda, la demandada doña R. M., entiende el demandante que deben quedar sin efecto las mencionadas operaciones particionales.

CONSIDERANDO: Que las disposiciones testamentarias atinentes a este caso aparecen algún tanto confusas y alguna vez contradictorias, y así, en la cláusula 16 del testamento se declara propietario libre, sin sustitución alguna, al heredero que haya quedado único en cuanto a la mitad que haya recibido por herencia directa y no por derecho de acrecer, mientras que en la cláusula 21 se dispone cosa diferente, pero es a esta última cláusula a la que hay que atender, por abarcar todos los casos comprendidos en las anteriores, sujetando todos los bienes inmuebles de la herencia a la misma condición.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba *fundándose como documento auténtico en el propio testamento que es objeto de discusión, y con ello hace de la cuestión supuesto, y sustituye el criterio del juzgador por el suyo propio, por lo que hay que apreciar que no se trata en este motivo de una cuestión de hecho que pueda ampararse en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, sino de una cuestión de interpretación de dicho testamento, por lo que no puede estimarse este motivo y tampoco el segundo, en el que se alega error de derecho, y que también se apoya en el mismo testamento discutido, cuyo pleno valor probatorio no ha sido desconocido por la Sala sentenciadora, si bien le ha dado interpretación distinta de la del recurrente.*

CONSIDERANDO: Que en el tercero y último motivo del recurso se alega infracción, por inaplicación, del artículo 781 del Código civil, en que se contiene el concepto legal y límites de las sustituciones fideicomisarias, y para decidir la cuestión que aquí se plantea debe examinarse si en el testamento que es base del pleito se constituye una verdadera sustitución fideicomisaria, cuya inobservancia por el Tribunal a quo pueda determinar la casación de la sentencia recurrida por infracción de dicho artículo.

CONSIDERANDO: Que, según el artículo 785 de la Ley sustantiva, las sustituciones fideicomisarias, cuando no se les da expresamente este nombre, han de imponer al primer nombrado la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero, donde se ve que el Código no se contenta con establecer tal obligación, sino que con la palabra "terminante" quiere darle un carácter absoluto que no admita excepciones ni reservas, de modo que establezca a favor del fideicomisario un derecho fijo adquirido desde la muerte del testador, según el art. 784 del mismo Código, y que no dependa de la voluntad del fiduciario, y con esto concuerda el concepto de las sustituciones fideicomisarias que da el citado artículo 781, como aquellas por cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita los bienes a un tercero, criterio que es, además, el más conforme con la jurisprudencia de esta Sala, de la que basta citar la Sentencia de 21 de diciembre de 1918, que declaró que la sustitución fideicomisaria exige como condición esencial que el fiduciario está obli-

gado a entregar la herencia al fideicomisario, y que éste tenga derecho a los bienes desde la muerte del testador; la de 8 de julio de 1929, según la cual es esencial en los fideicomisos la cláusula de prohibición de enajenar y, en la duda, debe prevalecer el criterio más favorable a la libertad de los bienes, y la de 3 de noviembre de 1890, que declara que el carácter esencial de la vinculación de bienes consiste en la prohibición absoluta de su enajenación, y esta condición, como contraria a la libertad natural de las cosas, no debe presumirse, y *no existiendo en el repetido testamento una prohibición absoluta a los herederos y legatarios de enajenar los bienes, es visto que no es aplicable el art. 781*, y que no lo infringe la Sala sentenciadora al apreciar que no hay en este caso una verdadera sustitución fideicomisaria, sin que obste la sentencia alegada de 12 de noviembre de 1934, que no se refiere a caso exactamente igual al presente, puesto que en aquél se trataba de enajenar bienes en caso de necesidad a determinadas personas, determinación que no existe en la referida cláusula 21, y sólo se da esta condición en la cláusula 11, con respecto a la casa del testador, que no es objeto del litigio y por la cual era natural que el causante sintiera especial afección.

CONSIDERANDO: Que *el actor firmó en el cuaderno particional tres veces, juntamente con su esposa: una vez después del inventario; otra, al fin de la primera parte, y, finalmente, en la adición que lo termina, prestando, por tanto, su conformidad sin reparo ni reserva al contenido de dicho cuaderno, aunque haya negado conocerlo a su debido tiempo, y después ha mostrado reiteradamente tener como propietaria legítima de las fincas litigiosas o, por lo menos, de la principal de ellas a la actora, como acreditan sus cartas aportadas a los autos y su misma confesión judicial.*

CONSIDERANDO: Que en la cláusula 24 del testamento concede el testador a los albaceas que nombra, entre otras facultades, las de cobrar rentas, hacer pagos legítimos, firmar recibos y otorgar escrituras de venta y cancelación en todo lo preciso a cumplir tal delegación, proceder a la práctica de las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, partición y adjudicación de su caudal, *prohibiendo toda intervención judicial y obligando a sus legatarios y herederos y demás interesados en su herencia a estar y pasar por cuanto ellos hicieran bajo pena de exclusión*, evitando con ello toda contienda que no quiere exista a causa de su sucesión, pues teniendo gran confianza en los testamentarios nombrados, a ellos deja como árbitros para decidir toda duda o reclamación, pagar y entregar legados y cumplir lo demás prevenido en el plazo legal o en otro mayor, y ante tan terminantes declaraciones, hay que concluir que habiendo hecho las operaciones particionales los albaceas don J. P., párroco de S. C.; don M. M. del P. y don A. M., juntamente con los comparecientes herederos, *no pueden ser discutidas ni impugnadas sin contrariar la voluntad del testador, que es ley para toda sucesión testamentaria.*

CONSIDERANDO: Que la partición puede ser rescindida por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueren adjudicadas, según dispone el artículo 1.074 del Código civil, pero esta facultad de impugnación sólo dura cuatro años y, en este caso, han

transcurrido cerca de catorce desde que la partición se hizo hasta la presentación de la demanda, no obstante lo dispuesto en el artículo 1.299, referente a las personas sujetas a tutela y, por otra parte, es precepto del 1.080 que la partición hecha con preterición de alguno de los interesados, que en este caso no existían aún, excepto uno de ellos, no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe por parte de los otros interesados, y es de presumir que, *si hubiere habido tal mala fe en este caso no la hubiera consentido el actor, que prestó su conformidad al firmar el cuaderno particional.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 20 ABRIL 1951

Contratos administrativos sobre aprovechamientos forestales—legislación aplicable.

Los contratos sobre aprovechamientos forestales de montes públicos no están sujetos al Código civil.

Jurisdicción administrativa—irrenunciabilidad por la Administración.

La Administración no puede renunciar a su propia competencia ni modificar, por convenio con los deudores interesados, la forma de pago de sus créditos.

ANTECEDENTES.—A consecuencia de la rescisión de un contrato de aprovechamientos forestales, se declaró por el Ayuntamiento concedente la existencia de un débito a favor del mismo y a cargo del concesionario. Suspendido por decisión de aquél el procedimiento de apremio administrativo, se firmó entre ambas partes un documento privado en el que se obligaba al concesionario a pagar la deuda en quince anualidades. No habiendo pagado ninguna, el Ayuntamiento entabló demanda. En ambas instancias se acogió la excepción de incompetencia de jurisdicción, alegada por el demandado. Se interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—UNICO.—Defecto en el ejercicio de la jurisdicción con infracción del art. 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 51 de la LEC, art. 4.º, número 2.º de la Ley de 22 de junio de 1894, de doctrina legal, del Decreto de 4 de julio de 1946, del art. 5.º de la Ley de 22 de junio de 1894 y del 7.º de la Ley de 1.º de julio de 1911: El contrato base de la demanda es de índole civil, y por su carácter abstracto se debe prescindir de su relación con el débito anterior de tipo administrativo.

CONSIDERANDO: Que es doctrina reiterada de esta Sala que *los contratos sobre aprovechamientos forestales de montes públicos no están sujetos al Código civil, por cuanto constituyen exclusivamente una concesión administrativa, cuyo desarrollo, ejecución y cumplimiento están so-*

metidos a la vigilancia de la Administración, de cuya intervención no se puede prescindir.

CONSIDERANDO: Que los procedimientos para la cobranza, así de contribuciones como de las demás rentas públicas, y créditos liquidados a favor de la Hacienda, serán exclusivamente administrativos, siendo, por tanto, privativa la competencia de la Administración para entender y resolver en todas las incidencias de aquéllos, a tenor de lo ordenado en el artículo 7.º de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1.º de julio de 1911, concorde con el artículo 146 del Estatuto de Recaudación de 28 de diciembre de 1928, de aplicación a los Ayuntamientos por virtud de lo estatuido en el artículo 564 del Estatuto Municipal y 15 del Reglamento de Hacienda Municipal.

CONSIDERANDO: Que en observancia de estas normas, reguladoras de la ejecución de los créditos liquidados a favor de la Administración, la sentencia recurrida acogió la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por el demandado, fundándose, esencialmente, en que el crédito que se reclama es el mismo que se estaba persiguiendo por la vía privilegiada de apremio, cuando el documento básico de la demanda se suscribió para dar facilidades al demandado; sin que tal circunstancia desvirtúe su origen y naturaleza, ni tenga otro alcance que el de un efecto más de la rescisión del aprovechamiento forestal y sea por ello posible partir sólo de su contenido para acceder a la pretensión inicial, prescindiendo de su carácter y origen.

CONSIDERANDO: Que, sin negar el propio recurrente la naturaleza típicamente administrativa, en su origen, del crédito reclamado, y aun reconociendo que no debió aceptarse, para su realización, la forma de pago concertada en el documento básico de la demanda, por ser extraña en absoluto a las normas administrativas estatuidas a tal fin, entiendo, sin embargo, que existe la posibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria pretendiendo el reconocimiento y existencia de dicha deuda, porque, al renunciar la Corporación actora a continuar el apremio, quedaron extinguidos todos los efectos del contrato administrativo, y aun el crédito líquido ejecutivo dentro de aquel procedimiento, pero exigible, como una deuda de índole civil, sin necesidad de relacionarla ya con el contrato administrativo, como causa remota de la misma.

CONSIDERANDO: Que, al razonar así, se aparta el recurrente de las terminantes prescripciones consignadas en los párrafos 1.º y 2.º de esta resolución, encaminadas a asegurar, sin riesgos ni contingencias dañosas, el servicio recaudatorio de los créditos definitivamente liquidados, y en trance de percepción, a favor de la Administración; y se olvida también de que *la Administración no puede renunciar a su propia competencia*; porque si el artículo 56 de la Ley Procesal prohíbe la sumisión a Jueces o Tribunales que no tengan competencia para entender de un negocio, con mayor razón este precepto ha de aplicarse al supuesto de autos, evitando la sumisión a autoridades de distinta jurisdicción, que es, en definitiva, lo que ha ocurrido en el presente caso.

CONSIDERANDO: Que de admitir la tesis que propugna el recurrente, y

estimar la posibilidad de que la Administración pudiera abdicar su propia competencia, y modificar, por convenio con los deudores interesados, la forma de pago, sobre tener que someterse a una eventual declaración de sus créditos por los Tribunales ordinarios, después de haberles tenido definitivamente reconocidos y liquidados a su favor, es incuestionable que de tales pactos, ilícitos por contrarios a la Ley, se seguirían a la Administración, por múltiples circunstancias, daños irreparables, que las tan repetidas normas recaudatorias trataron de evitar, y que lejos de ser infringidas, como pretende el recurrente, fueron aplicadas por el Tribunal sentenciador con recto sentido jurídico.

CONSIDERANDO: Que tampoco ha incidido el fallo impugnado en las supuestas infracciones de los artículos 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 51 de la LEC., párrafo segundo del art. 40 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, y las sentencias de este Tribunal que en el recurso se citan; porque para fundarlas se hace supuesto de la cuestión, estimando que es civil la índole del derecho invocado, y el documento, en que se apoya la demanda, un contrato abstracto de reconocimiento de deuda, sin tener en cuenta que el Tribunal de instancia, al interpretar—y tal interpretación no ha sido impugnada—viene, en realidad, a considerar que no tiene otro alcance que el de un aplazamiento del crédito administrativo que se hallaba en ejecución al suscribirse aquél, ni otra relación causal que la indemnización derivada de incumplimiento del aprovechamiento forestal concedido al causante del demandado, cuya naturaleza y carácter, puramente administrativos, no han podido alterar ni modificar las partes; y, consiguientemente, no revistiendo la obligación reclamada más alcance que el de una incidencia de la concesión administrativa referida, existe la incompetencia de jurisdicción acogida por el fallo de instancia, y debe desestimarse el recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 ABRIL 1951

Arrendamiento superficiario en Cataluña—requisitos.

El Digesto, fragmento segundo, título 18, libro 43, llama cosas superficiarias a las que se levantaron en solar tomado en arrendamiento, no sobre edificio ya construido.

Arrendamiento complejo—cuándo existe—legislación aplicable—imprudencia de la prórroga obligatoria.

La ley común es preferentemente aplicable siempre que se trate de arrendamiento complejo, en el que con el uso y el precio se entremezclan figuras jurídicas distintas o cláusulas principales que desbordan el área del simple arrendamiento.

Terminado el plazo de un arrendamiento complejo, la prórroga en la posesión arrendaticia podría romper el equilibrio de las prestaciones de las partes.

Arrendamientos urbanos—carácter de legislación especial: efectos.

Las dudas en punto a la aplicación de la ley civil común o de la especial de arrendamientos urbanos han de ser resueltas otorgando la preferencia a la ley común, por su carácter general y atrayente.

ANTECEDENTES.—Para que tuviera efecto a partir del 1.º de octubre de 1917, se celebró un contrato con el siguiente contenido: 1.º El propietario de un inmueble lo cedía en arrendamiento para que fuera establecido en él un hotel. 2.º La duración del contrato sería de veintiún años, los quince primeros forzosos para ambas partes y voluntarios para el arrendatario los seis restantes. 3.º El precio sería de 70.000 pesetas anuales durante el primer período forzoso y de 80.000 durante el período voluntario. 4.º La casa se encontraba en construcción, debiendo concluirse ésta a cargo del arrendatario, en la forma establecida en el contrato, y contribuyendo el propietario a los gastos solamente con 300.000 pesetas. 5.º Las obras de conservación del edificio irían a cargo del arrendatario. 6.º Terminado el arrendamiento, el edificio pasaría al propietario, sin que el arrendatario tuviese ningún derecho a reembolso por los gastos que supusieran las obras por él realizadas. Transcurrido el plazo fijado de veintiún años, el propietario del inmueble instó del Juzgado de primera instancia la “resolución del contrato” y el lanzamiento del arrendatario, oponiéndose la parte demandada con la alegación de la ley especial de arrendamientos urbanos y de la prórroga forzosa por ella establecida. La parte actora estimaba que no tratándose de arrendamiento de un local de negocio, sino de un arrendamiento superficiario, era aplicable la ley común. Acogida la demanda en primera instancia, la sentencia fué revocada en apelación. El actor entabla recurso de casación.

CONSIDERANDO: Que en trance de calificación jurídica de los hechos enjuiciados, se aprecia a primera vista que están dominados por la finalidad arrendaticia de cosa preexistente—el edificio antiguo—y también de cosa futura—lo antiguo transformado en edificio más amplio y apto para la instalación de un hotel de primera categoría—, y lo que principalmente importa en este litigio es precisar la especie en que la relación genérica arrendaticia esté comprendida, a efectos de aplicación de la ley especial o de la ley común, según se trate de arrendamiento puro y simple, en el que la mera cesión de uso y pago del precio es compatible con cláusulas accesorias o secundarias que no desnaturalizan el negocio fundamental, o se trate de arrendamiento complejo en el que con el uso y el precio se entremezclan figuras jurídicas distintas o cláusulas principales que rebordan el área de simple arrendamiento.

CONSIDERANDO: Que la sola lectura del contrato discutido conduce, en primer término, a descartar la tesis del arrendamiento superficiario, mantenida en la demanda y en el recurso, porque, entre otras notas características de este negocio, falta en el caso de autos la más esencial

exigida por el fragmento segundo, título 18, libro 43 del Digesto para la existencia de cosas superficiarias, llamadas así las que se levantaron en solar tomado en arrendamiento, no sobre edificio ya construido ni a cargo exclusivo del arrendatario; pero si en este aspecto no se advierte complejidad en el contrato, sí se aprecia muy acentuada en la multiplicidad de relaciones jurídicas creadas al lado de la arrendaticia para conseguir el designio buscado de instalar un hotel en el edificio antiguo previa ampliación y reforma de gran entidad económica a expensas principalmente del arrendatario, en su propio beneficio por el uso del hotel y también en provecho del arrendador, a favor del cual quedaría lo reconstruido una vez terminado el plazo del contrato, a cuyo efecto idearon los interesados una gama de figuras jurídicas entre sí íntimamente enlazadas por la finalidad perseguida, como la de "locatio rerum" y "locatio operis", anticipos o préstamos del arrendatario al arrendador con intereses y garantía hipotecaria, intervención de terceros en la formación y ejecución del contrato, etc., etc., que en su conjunto indivisible desbordan la esfera del negocio arrendaticio normal.

CONSIDERANDO: Que la interferencia en el negocio locativo de esta variedad de figuras jurídicas es determinante de multiplicidad de prestaciones, en especial de las derivadas del pacto referente a las obras, que indudablemente revisten carácter de fundamentales, económica y jurídicamente, en la relación global creada, puesto que la ejecución de las obras, reconocidas como cuantiosas en el pleito, constituyeron la base indispensable para que la cosa arrendada pudiera prestar la utilidad propia de una industria hotelera, y como quiera que la legislación de arrendamientos urbanos no prevé estos supuestos de arrendamientos complejos, según doctrina de las Sentencias de 3 de julio de 1941, 17 de abril de 1948 y 29 de mayo de 1950, se impone la aplicación de la ley civil o común.

CONSIDERANDO: Que a esta conclusión no se opone el contenido del artículo quinto de la LAU, que, en conexión con el artículo cuarto tiende sencillamente a distinguir el arrendamiento de industria del de local de negocio, tema que no tiene encaje en este pleito, y no es dudoso afirmar que el sentido jurídico de aquel precepto no es otro que el de someter al régimen de la legislación especial los supuestos en que el arrendador cede el uso o disfrute de locales de negocio juntamente con otros elementos que por muy importantes que sean están faltos de una organización industrial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada, lo que no guarda paridad alguna con el caso controvertido, puesto que el arrendador hizo cesión solamente de un edificio inadecuado para hotel de primer orden y contribuyó en proporción relativamente escasa a la transformación en otro edificio que llenase las aspiraciones de los contratantes, corriendo a cargo del arrendatario la parte más importante de la transformación, y así resulta que el arrendador no entregó siquiera la totalidad del local de negocio que en definitiva habría de utilizar el arrendatario, por lo que, al no ser aplicable el artículo quinto, tampoco lo es la Disposición transitoria 19, que alu-

de a los contratos puros de arrendamiento regulados por aquel precepto legal.

CONSIDERANDO: Que, desde otro punto de vista, la aplicación en este litigio del régimen especial de arrendamientos urbanos conduciría a manifiesta injusticia, pues si la contraprestación del arrendatario durante el plazo contractual no consistió solamente en el pago de la merced convenida, sino también en los desembolsos que tuvo que hacer para ejecutar las obras, se aprecia claramente que los contratantes quisieron señalar una renta o alquiler módico que, unido a la amortización del capital invertido por el arrendatario dentro de los veintidós años de vigencia del contrato, representase el justo precio del arriendo, y si vencido el plazo estipulado se decretase la prórroga forzosa sin alteración de ninguna de las cláusulas del contrato, según prescribe el artículo 70 de la ley especial, surgiría de una parte la imposibilidad de mantener el pacto de "locatio operis", ya consumado, y de otra parte se rompería el equilibrio de las prestaciones si terminado el plazo convenido continuase el arrendatario en la posesión arrendaticia mediante el cumplimiento parcial de las obligaciones que contrajo, salvo que, sin crear artificiosamente nuevo negocio locativo, se estimase no alterada la cláusula contractual referente al precio del arriendo, entendiéndose incrementado con el interés correspondiente a los desembolsos hechos por el arrendatario y amortizados durante veintidós años, según cálculo que lógicamente debió presidir la formación del contrato, pero a esta solución se ofrecerían dificultades procesales y, sobre todo, la imposibilidad jurídica de encuadrar el contrato en los moldes del arrendamiento puro y simple.

CONSIDERANDO: Que si alguna duda surgiese en punto a la aplicación de la ley civil común o de la especial de arrendamientos urbanos, habría de ser resuelta otorgando la preferencia a la ley común, por su carácter general y atrayente.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia de lo expuesto, la Sala sentenciadora, al estimar comprendido en el artículo quinto de la LAU el caso debatido en este proceso, con secuela de prórroga forzosa del contrato originario, sin alteración en sus cláusulas, ha infringido por indebida aplicación, dimanante de interpretación errónea, dicho precepto legal, y por falta de aplicación la jurisprudencia aludida, según se denuncia en los motivos primero y tercero del recurso, por lo que procede la casación de la sentencia impugnada.

FALLO.— Ha lugar.

SENTENCIA 23 ABRIL 1951

Nueva ocupación de local reconstruido—supuestos legales.

El desalojo del local hecho por el arrendatario a causa de la imposición de la autoridad municipal, previo acuerdo determinante de la

demolición de la casa y sin ejercicio de acción alguna por parte de los propietarios, no puede considerarse incluido en las causas de excepción a la prórroga forzosa y desahucio del arrendatario que regula el apartado g) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931.

El artículo 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936 se refiere al cierre del establecimiento mercantil o industrial del arrendatario, por obras en toda o en parte de la finca y cualquiera que sea su fin; pero no a la reconstrucción posterior a la ruina involuntaria o demolición impuesta por ruinosidad, determinante de la pérdida del local arrendado y, en consecuencia, de la extinción del arrendamiento, sin obligación, por ende, de reconstruirlo ni de reservar, si lo hiciera, locales de la nueva construcción a los inquilinos de la antigua, si no es en los casos especiales previstos por la ley.

Recurso de injusticia notoria—requisitos—alegación del concepto de la infracción.

El motivo, que no se refiere a ninguno de los números del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni expresa con claridad y precisión, como exige dicho artículo, ni de ninguna manera el concepto por el cual se supone debe dar lugar al recurso, impide toda consideración sobre tal causa.

SENTENCIA 24 ABRIL 1951

Contratos—resolución por incumplimiento—cumplimiento parcial.

La ejecución parcial de cada obligación no excluye el ejercicio de la acción resolutoria.

Compraventa—resolución por incumplimiento—efectos del cobro de intereses del precio aplazado respecto a la de opción concedida por el artículo 1.124 C. c.

La circunstancia de haber cobrado los intereses contractuales, nacidos del aplazamiento de la compraventa no puede estimarse como expresión de la voluntad del vendedor de exigir el cumplimiento del contrato, excluyente del ejercicio de la acción de resolución.

ANTECEDENTES.—En un contrato de compraventa se pactó el pago del precio en varios plazos, concediéndose al comprador el derecho de demorar por dos años el pago de cualquiera de ellos, abonando los intereses correspondientes. El comprador hizo uso de este derecho y el vendedor hubo de in Lar diligencias preliminares de ejecución para obtener el pago de los intereses. Impagado el principal, el vendedor entabló demanda pidiendo la resolución del contrato, estimándose tal demanda en ambas instancias. Se interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—UNICO.—Interpretación errónea del art. 1.124 en relación con el 1.500 C. c.: el exigir el pago de los intereses supuso opción por el cumplimiento con exclusión de la resolución.

CONSIDERANDO: Que es doctrina de esta Sala—Sentencia de 13 de marzo de 1930—que *para el logro del fin propuesto por los contratantes, en pactos como el litigioso, vienen aquéllos igualmente obligados al total cumplimiento de lo respectivamente ofrecido; y, por ello, la ejecución parcial de cada obligación no excluye el ejercicio de la acción resolutoria*, porque en el artículo 1.124 del Código civil no se distingue entre inejecución total o parcial, máxime tratándose de un contrato de compraventa en que la principal y más útil prestación para el vendedor consiste en obtener el precio convenido por la cosa de cuyo dominio se desprende desde que la venta se perfecciona.

CONSIDERANDO: Que aplicada tal doctrina al caso del pleito, y declarado como está por el Tribunal de instancia, con el asentimiento del recurrente, que éste no cumplió, a su tiempo, con la obligación de pagar el precio aplazado de la compraventa, por causa a él sólo imputable, y que posteriormente fué requerido, por acta notarial para que allanase a resolver la obligación, es obvio que el vendedor pudo pedir la resolución, y que ésta debía prosperar no obstante haber instado el abono de los intereses pactados por el aplazamiento del precio y percibido aquéllos, porque si, como declara la sentencia de 7 de julio de 1911, si la compraventa continúa en vigor, y viva la facultad del vendedor para resolverla, aun en el supuesto de haber recibido cantidades a cuenta del precio, después de transcurrido el término para el pago, mientras no se le abona la totalidad de aquél, y sin necesidad de guardar otro requisito que el de hacer el requerimiento, es visto que *no cabe entender*, cual pretende el recurrente, *que la circunstancia de haber cobrado los intereses contractuales, nacidos del aplazamiento del importe de la compraventa, y, por ende, de una relación accesorio del crédito principal, pueda estimarse como expresión de la voluntad del vendedor de exigir el cumplimiento del contrato, excluyente del ejercicio de la acción de resolución*; por lo que al acceder la Sala sentenciadora a la demanda, lejos de incidir en las supuestas infracciones de los artículos 1.124 y 1.501 del Código civil, que se invocan como infringidos, los interpretó con indudable acierto, procediendo, en consecuencia, la desestimación del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 ABRIL 1951

Retracto legal—compra por mujer casada sin licencia marital.

En el momento de la adquisición eficaz nace el derecho de retracto, que no puede ser afectado por actos posteriores de la compradora o su marido debidos exclusivamente a su voluntad, como es la impugnación

por éste de aquel contrato, sin que la identidad de condiciones de la subrogación que prescribe el art. 1.521 del Código civil haya de extenderse incluso a los defectos del primer contrato.

Acción de retracto—su objeto—previsión del incumplimiento de la sentencia.

El objeto de la acción de retracto es que se declare por el juzgador el derecho del retrayente a hacer suya la finca, subrogándose en el lugar del que la adquirió, pero no puede estimarse como esencial a su ejercicio que se haga declaración al estimarlo para el caso del incumplimiento de la resolución judicial.

ANTECEDENTES.—Se interpuso demanda de retracto de colindantes contra la compradora de una finca y su marido; sólo la contestó éste, alegando no haber prestado su licencia a la compra de su esposa y haber iniciado ya los trámites conducentes a la anulación de la misma. En primera instancia se condenó a la compradora a otorgar escritura a favor de la demandante, absolviéndose al marido de aquélla. Mientras, éste había obtenido la anulación de la compraventa y los vendedores le habían dado a censo enfiteúutico a otra persona. Apeló la demandada, no su marido, y la demandante se adhirió a la apelación. En segunda instancia se condenó a ambos demandados a otorgar escritura y, en su defecto, a indemnizar daños y perjuicios. Estos interpusieron recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero.—Aplicación indebida del art. 1.521, en relación con los 60, 61, 62, 65 y 1.263, 3.º del Código civil. No procede condenar al marido que no había consentido la compra.

Segundo.—Infracción por indebida aplicación del art. 1.311 y error en la apreciación de la prueba: se olvidó la anulación, obtenida por el marido, de la compraventa base del retracto.

Tercero.—Infracción de ley y error de derecho en la apreciación de la prueba con infracción de los arts. 1.114, 1.103, 1.506 y 1.251 del Código civil: por razones análogas.

Cuarto.—Infracción del principio de los actos propios y error en la apreciación de la prueba: se olvida que la demandante consintió la anulación de la compraventa al demandar de retracto al ulterior adquirente de la finca.

Quinto.—Infracción de los artículos 1.521 y 1.523 del Código civil, de doctrina legal y de los 924 y 926 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: la condena a indemnización desnaturaliza la acción de retracto.

Sexto.—Infracción del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: no se había perdido la indemnización.

CONSIDERANDO: Que al declarar la sentencia recurrida que ha lugar al retracto de autos, no infringe los artículos y principio de derecho que mencionan los motivos tercero y cuarto del recurso, porque es doctrina constante, entre otras Sentencias las de 2 de junio de 1948 y 13 de abril de 1896, que *la base del pleito es el estado que existía al presentarse la demanda*, y tal situación en el caso actual era que la demandada doña E. I. había comprado la finca de autos a los señores L. C., por documento que producía todos los efectos jurídicos, pues la falta de autorización marital no es un defecto que vicie el consentimiento con arreglo a

la doctrina de la Sentencia de 6 de mayo de 1944, y en el momento de esa adquisición eficaz nació, según Sentencia de 12 de octubre de 1912, el derecho al retracto que hace valer la actora doña M. C., derecho que no puede ser afectado por actos posteriores de la compradora o su marido debidos exclusivamente a su voluntad, como es la impugnación por éste de aquel contrato, y la posibilidad de tal impugnación no convierte en condicional aquella obligación, porque ese acto absolutamente voluntario del marido no constituye una condición en el sentido que recoge el artículo 1.113 del Código civil y la constante jurisprudencia de esta Sala.

CONSIDERANDO: Que si los actos de los interesados posteriorse a la iniciación del pleito ocasionan alguna dificultad para hacer efectivo el derecho que en éste se reconozca, el momento oportuno para resolver tales dificultades no es este de la declaración de derechos, sino el posterior en que éstos vayan a hacerse efectivos y surja el impedimento, y no puede decirse, como hace el motivo cuarto, que la actora vaya contra sus propios actos al sostener este litigio, porque bastante después de incoado el mismo haya ejercitado otra acción de retracto, pues ésta tenía su origen en una nueva enajenación hecha por los hermanos L. C. y posterior a la sentencia del Juzgado en el presente pleito.

CONSIDERANDO: Que los motivos primero y segundo del recurso impugnan la sentencia recurrida, en cuanto en ella se condena a don J. V. R. a que concurra con su esposa, la otra demandada, a otorgar la escritura de subrogación a favor de la actora, pero sus únicos argumentos de que el señor V. es ajeno al contrato origen del retracto, por no haber intervenido en él, que la condena de la Audiencia equivale a privar al marido de su derecho a pedir la nulidad de esa venta y que la subrogación debe hacerse exactamente en las mismas condiciones que la escritura de origen, son inaceptables, porque al marido no se le demanda y condena en razón a la intervención que haya podido tener en aquella compra, ni para retraer de él, sino para que al otorgar la escritura de subrogación, la demandada tenga completada su capacidad con esa intervención, que quedaría al arbitrio del marido realizar o no, si no hubiera declaración judicial, sobre ella, y para que no pueda ser impugnado por el marido ese acto que los Tribunales estiman procedente, y que por consiguiente han de dictar todas las disposiciones precisas, no sólo para su validez, sino para asegurar su inimpugnabilidad, sin que la identidad de condiciones de la subrogación que prescribe el artículo 1.521 del Código civil haya de extenderse incluso a los defectos del primer contrato, porque eso sería hacer ilusorio el estado de derecho que dispone la autoridad judicial, al restarle permanencia.

CONSIDERANDO: Que no se concreta suficientemente el error de hecho que se menciona en el motivo segundo ni cuáles de los documentos aportados pueden demostrarlo, pues no basta invocar todos éstos sin precisar lo que a juicio del recurrente prueban en contra de lo afirmado en la sentencia.

CONSIDERANDO: Que el objeto de la acción de retracto es que se declare por el juzgador el derecho del retrayente a hacer suya la finca, subrogándose en el lugar del que la adquirió, y que como medio para ello se

le otorgue el correspondiente título, con sus consecuencias naturales, en el Registro de la Propiedad, pero por tener perfectamente fijado los textos legales y la jurisprudencia el modo de hacer esa subrogación y las personas contra quienes ha de dirigirse la acción, no puede estimarse como esencial a ese ejercicio que se haga declaración al estimarlo para el caso del incumplimiento de la resolución judicial, y, por ello y por estar dictados los artículos 924 y 926 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el evento de incumplimiento de las sentencias y según las circunstancias en que ese incumplimiento tenga lugar en cada caso y, muy especialmente, por no haberse reclamado en el pleito por la demandante la indemnización de daños y perjuicios, es evidente que no procedía hacerla en este período constitutivo, y al acordarla, la Sala sentenciadora ha infringido sólo en este extremo los artículos 1.521 y 1.523 del Código civil y 924, 926 y 359 de la Ley procesal, como alegan los motivos quinto y sexto del recurso.

FALLO.—Ha lugar. En la segunda sentencia, el T. S. declara subsistente la sentencia de la Audiencia, salvo en lo referente a indemnización.

Base del pleito—hechos posteriores a la iniciación que alteran la situación de hecho.

La base del pleito es el estado que existía al presentarse la demanda. Si los actos de los interesados posteriores a la iniciación del pleito ocasionan alguna dificultad para hacer efectivo el derecho que en éste se reconozca, el momento oportuno para resolver tales dificultades no es éste de la declaración de derechos, sino el posterior en que éstos vayan a hacerse efectivos y surja el impedimento.

SENTENCIA 24 ABRIL 1951

Novación—requisitos.

La novación de un contrato requiere el acuerdo de voluntades de los contratantes sobre ella.

SENTENCIA 25 ABRIL 1951

Sustitución fideicomisaria en Baleares—caracteres.

La sustitución supone la concreta obligación impuesta al heredero de reservar todos o parte de los bienes para entregarlos a otra u otras personas, aunque éstas hubieren de ser designadas por el fiduciario, como permite el fideicomiso romano.

Interpretación de cláusula testamentaria—sentido de la expresión “que disponga de los bienes de mi herencia por actos inter vivos o mortis causa”.

Constituye, según la jurisprudencia, la atribución de un verdadero dominio sobre los bienes de la herencia, y la expresión “por actos inter vivos” se refiere tanto a los realizados a título lucrativo como oneroso, pues de otro modo no sería una verdadera disposición.

Interpretación de cláusulas testamentarias—cuando no son confusas ni ambiguas.

Según doctrina legal reiterada, habrá de atenderse el juzgador al contexto literal de aquéllas.

Interpretación de cláusulas testamentarias—criterio de los Tribunales de instancia, en casación.

Es constante la jurisprudencia que enseña que en casación ha de prevalecer la inteligencia o interpretación de las cláusulas testamentarias hecha por los Tribunales de instancia, en tanto no se demuestre que es contraria a la voluntad del testador.

Contrato simulado—presunción de simulación—utilidad del contrato.

La mayor o menor utilidad que a un contratante proporcione el contrato otorgado, no es suficiente para presumir vicio en el negocio jurídico realizado.

Nulidad absoluta—efectos.

“Quod ab initium nullum est, non potest tractu temporis convallescere”.

Pactos sobre herencia futura—nulidad.

Constituye doctrina legal que es de plena aplicación el artículo 1.271, párrafo segundo, C. c. cuando el pacto no se concreta sobre bienes conocidos y determinados, existentes en el dominio del cedente cuando el compromiso se otorgó, sino que se refiere a la universalidad de los bienes que habrían de adquirirse a la muerte del causante.

Casación por infracción de ley—error de hecho en la apreciación de la prueba—documento auténtico—testamento y escritura de compraventa cuya interpretación se cuestiona.

Precisamente por ello no pueden estimarse como documentos auténticos a efectos de casación.

ANTECEDENTES.—M. A. P. (antes N. G.) falleció en Pollensa, sin herederos forzosos, e instituyó heredera en la siguiente cláusula: “En el remanente de todos mis bienes presentes y futuros instituyo por heredera universal a mi hija política M. P. O., sujeta, empero, a la obligación que seguidamente se expresará. De que disponga de los bienes de mi herencia por actos inter vivos o mortis causa en favor de uno o varios de mis parientes consanguíneos. No obstante lo expresado, confiero a mi dicha heredera M. P. O. amplias facultades para que por sí sola y sin intervención de ninguna clase: venda o enajene mis fincas, una situada en ..., y la situada en ..., a fin de que con su importe pague todas las mandas piadosas y legados que llevo ordenado.” M. O. P. vendió las referidas fincas, una a J. V. A. y otra a M. G. G., que a su vez la enajenó a G. O. Vendió asimismo M. P. O. la nuda propiedad de todos los bienes de la herencia que había recibido de M. A. P., a I. G., (pariente consanguínea de la misma), la que seguidamente la vendió a G. O.

M. P. O. falleció dejando como heredera a su alma, y como legataria de todos los bienes de la herencia que había recibido de M. A. P., a I. G., estableciendo sustitución para el caso de premoriencia de ésta (como así ocurrió) a M. G. G. y D. G. G., asimismo parientes consanguíneos de M. A. P.

M. G. G. y D. G. G. tratan de reivindicar el predio S. March, alegando que M. P. O. no estaba facultada para venderlo, y que los contratos que habían tenido por objeto al mismo eran simulados.

J. N. B. y F. R. N., parientes consanguíneos de M. A. P., solicitan que se declare la nulidad del testamento de la misma, y otros extremos que aquí no interesan.

C. A., albacea de M. P. O., pidió que se condenara a M. G. G. y D. G. G. a que le entregaran la mitad de lo recibido de M. P. O. procedente de M. A. P., pues había celebrado con ellas un pacto en tal sentido.

Fueron desestimadas todas las pretensiones, excepto esta última. Se interpusieron dos recursos de casación, cuyas particularidades se destacan suficientemente en los considerandos.

CONSIDERANDO: Que de las varias y diversas cuestiones que han originado los cuatro pleitos cuyos autos acumulados han venido a ser resueltos en la sentencia de que al presente se recurre, solamente son objeto de examen para decidir acerca de los motivos de casación que integran los dos recursos formulados la referente a la interpretación y alcance de la cláusula de institución de heredero consignada en el testamento de doña M. A. P., antes N. G., de fecha 23 de enero de 1915; su cumplimiento por la heredera doña M. P. O. en relación con la compraventa de la finca “S. March”, cuestión directamente relacionada con la anterior, y, por último, la cesión discutida de la mitad de los bienes que se recibieran por herencia de doña M. P. O., efectuada por las hoy recurrentes a su amiga doña C. A., designada albacea de la doña M. P. O.; y como las tres cuestiones se hallan estudiadas con idénticos puntos de vista en ambos re-

cursos, si bien es diferente el número de los motivos que a cada una se dedica en ellos, conviene al mejor orden de su estudio examinar al mismo tiempo que cada cuestión los motivos de uno y otro recurso que a ella singularmente se refieren.

CONSIDERANDO: Que ante la redacción de la cláusula de institución de heredero del testamento de doña M. A. P., antes N. G., de 23 de enero de 1915, que es la primera de las cuestiones aludidas, que dice textualmente: "En el remanente de todos mis bienes y derechos presentes y futuros, instituyo por mi heredera universal a mi dicha hija política doña M. P. O., sujeta «pero a la obligación que seguidamente se expresará. De que disponga de los bienes de mi herencia por actos *inter vivos* o *mortis causa* a favor de uno o varios de mis parientes consanguíneos. No obstante lo expresado, confiero a mi dicha heredera doña M. P. O. amplias facultades para que por sí sola y sin intervención de ninguna clase venda o enajene mis fincas: una situada en este pueblo, calle de la Paz, número 2, con todas sus dependencias y anexidades, incluso la que habita el colono de la viña de "Can Seguí", y la situada en la ciudad de Palma, calle de Rivera, esquina a la de Moncada, a fin de que con su importe pague todas las mandas piadosas y legados que llevo ordenado"; precisa en primer lugar, ya que su sentido es el apoyo cardinal de ambos recursos, determinar si con la expresada alusión a los parientes consanguíneos, la testadora constituyó una verdadera sustitución, y descartada, en este caso, la sustitución vulgar, puesto que la heredera aceptó y gozó de la herencia, procede examinar si lo consignado encierra una sustitución fideicomisaria, en alguna de sus formas, total o por lo menos de residuo, como apunta el primer motivo del recurso de doña M. G. G.

CONSIDERANDO: Que el sentido de la dicha cláusula testamentaria, que el juzgador de instancia estimó de clara inteligencia, sin que esta apreciación haya sido impugnada, y que tanto la sentencia como los recurrentes considera que basta atenerse al examen gramatical de su texto para conocerle, es sencillamente que por aquélla la testadora impone a su universal heredera la condición y, al mismo tiempo, la facultad de elegir de entre sus parientes consanguíneos aquel o aquellos a los que por actos *inter vivos* o *mortis causa* podría transmitir uno, varios o todos los bienes que la dejaba, sin designar individual o genéricamente a ninguno de sus dichos parientes consanguíneos, a cualquiera de los cuales en su caso habría la repetida heredera de elegir, y otorgada de esta manera aquella facultad, es notorio que, siquiera fuera otra la intención de la testadora, no constituyó en modo alguno una sustitución fideicomisaria, pues, *aparte de que falta la concreta obligación que se impusiera a la nombrada heredera universal de reservar todos o parte de los bienes dejados para entregarlos a otra u otras personas, que es requisito esencial de la institución fideicomisaria, aun cuando esa o esas personas hubiesen de ser designadas por el instituido fiduciario, facultad de elección que está permitida en el fideicomiso romano, si la tal heredera, en uso de la facultad que se le concede hubiera dis-*

puesto de todos los bienes por actos "intervivos", no habría quedado porción hereditaria transmisible a su muerte y desaparecería la posibilidad de la sustitución, y si la distribución de los dichos bienes se hubiera realizado mediante actos "mortis causa", se habría efectuado una designación testamentaria de herederos o legatarios, distinta, por su naturaleza, del fideicomiso, y todavía más, en la hipótesis, que en el caso actual no se dió, de que la heredera con aquellas condiciones nombrada hubiese fallecido sin hacer uso de la facultad de elegir los parientes a quienes, por uno u otro medio, transmitiese los bienes heredados, habría debido abrirse la sucesión legítima o intestada de aquellos repetidos bienes entre los parientes consanguíneos de la testadora por no haber sustituto legal en realidad (el) designado, solución que ya acogió en caso análogo la sentencia de esta Sala de 28 de diciembre de 1923, de acuerdo con preceptos de Derecho romano aplicables en Mallorca, concordantes con el artículo 1.912 del Código civil, y es asimismo a la que alude el proyecto de Apéndice al Código civil redactado para Mallorca en 1921, como el más reciente de la Comisión de Juristas mallorquines para la unificación del Derecho civil, quedando también así descartada la alusión al fideicomiso de residuo que se hace en el recurso.

CONSIDERANDO: Que la inequívoca y clara expresión, consignada en la tantas veces repetida cláusula testamentaria de que *disponga de los bienes de mi herencia por actos "intervivos" o "mortis causa"*, dada la excepción y alcance que a esta frase tiene reconocida la jurisprudencia, constituye la atribución de un verdadero dominio sobre los tales bienes, que excluye la cualidad de usufructuaria que se ha querido aplicar a la heredera, ya que aquel dominio no aparecía compartido con persona alguna, ni expresa ni tácitamente designado, y la disposición por actos "intervivos", según se entiende de manera constante en la doctrina de esta Sala, se refiere tanto a los realizados a título lucrativo como oneroso, pues de otro modo no sería una verdadera disposición y no hay término alguno en la repetida cláusula que restrinja el alcance de este concepto, ya que no puede admitirse la interpretación que de las palabras "a favor" hacen los recurrentes en el sentido de ser indicadoras de que la transmisión de bienes autorizada, sólo lo sería a título lucrativo, porque la generalidad de aquella expresión en su uso vulgar no lo autoriza y aun tomada en la acepción lexicográfica de "en beneficio de", igualmente puede aplicarse a un acto lucrativo que a una atribución con carácter oneroso hecha a una determinada persona entre varias, asistidas o amparadas por igual derecho, que es el supuesto del caso presente, y que con tal atribución resulta beneficiada en relación con las demás, de todo lo cual se infiere que la heredera podía lícitamente sin excederse de lo dispuesto en la repetida cláusula, donar, vender o legar los bienes heredados, sin otra limitación que la referente al sujeto pasivo de sus actos transmisores, limitación que, aun estimándola modal como insinúa algún recurrente, no expresa prescripción alguna sancionadora de su inobservancia, por lo que puede considerarse un "modus simplex" revelador de una finalidad, deseo o recomendación de la testa-

dora, y que no podía crear sino de una manera muy difusa un derecho expectante en cada uno de los parientes consanguíneos aludidos.

CONSIDERANDO: Que sentados, como obligadas premisas, los razonamientos que anteceden, resulta notoria la improcedencia de los motivos designados con el número primero en ambos recursos, porque uno y otro se encaminan a interpretar a su propio e idéntico interés la tantas veces repetida cláusula de institución de heredero en el testamento de doña M. A. P., antes N. G., y denuncian como fundamental la infracción del artículo 675 del Código civil sobre interpretación de las cláusulas testamentarias, con adición de haberse cometido error de hecho al interpretar el dicho testamento y los anteriores de la misma causante; pero si se tiene en cuenta que no se ha tachado a la mentada cláusula de oscura o ambigua, sino que, por el contrario, se reconoce la claridad de su expresión, *es indudable que, según doctrina legal reiterada, habrá de atenderse el juzgador al contexto literal de aquéllas*, como lo hizo la sentencia recurrida, y también aseguran hacerlo los recurrentes, con lo que ya no hay problema de interpretación, sino de inteligencia o calificación jurídica, y en todo caso también *es constante la jurisprudencia que enseña que, en casación, ha de prevalecer la inteligencia o interpretación de las cláusulas testamentarias hecha por los Tribunales de instancia en tanto no se demuestre que es contraria a la voluntad del testador*, lo que en el recurso actual no se ha efectuado, porque las deducciones que del contexto pretenden sacar los recurrentes, de que se quiso establecer un fideicomiso de residuo, una sustitución sub modo, una reserva trocal o una modalidad foral sucesoria peculiar de Mallorca, *sobre constituir una desorbitada extensión que se pretende dar a la dicha cláusula de lo que su texto literal expresa, proceder rechazable según criterio reiterado de esta Sala*, ha quedado en los considerandos anteriores demostrada su falta de realidad, como asimismo la improcedencia de estimar, como hacen los recurrentes, que de las frases "a favor" o de la colocación de la conjunción "o" entre las palabras *intervivos* y *mortis causa*, habría de deducirse que la transmisión de los bienes a los parientes consanguíneos sólo podría hacerla la testadora a título lucrativo y no oneroso, con lo que no aparecen cometidas las infracciones de los preceptos legales que en ambos primeros motivos se citan, y en lo tocante al error de hecho denunciado, *ni el testamento interpretado, precisamente por serlo, puede estimarse documento auténtico a efectos de casación*, ni los anteriores testamentos de doña M. A. P. aludidos pueden aducirse válidamente, porque perdida su eficacia por el otorgamiento del último y la expresa revocación y anulación de las anteriores disposiciones testamentarias consignadas en el mismo, tendrán a lo más un cierto valor indicia-rio de lo que en cada momento de su otorgamiento pensaba la testadora, pero carecen de la fuerza probatoria suficiente para demostrar un error evidente del juzgador.

CONSIDERANDO: Que a lo que se refiere la segura cuestión de las planteadas en estos recursos, es decir, la eficacia y validez de las dos escrituras de compraventa de fecha 1.º de febrero de 1936, por la primera

de las cuales doña M. P. O., heredera de doña M. A. P., antes N. G., vendió a doña I. G., pariente consanguínea de la testadora, la finca Son March, y por la segunda, esta doña I. G. vendió dicha finca a don G. O., ambas compraventas con el precio entregado de 104.000 pesetas, se dedican el segundo de los motivos del recurso de doña M. G. G., y los tercero, cuarto y quinto del de doña D. G. G., y para impugnar la declaración de la sentencia recurrida que declara válidos y eficaces los contratos de compraventa consignados en las mencionadas escrituras aducen ambas recurrentes en común argumento fundamental, que es que según la cláusula discutida de institución de heredero del testamento de doña M. A. P., su heredera doña M. P. O., no podía vender los bienes a que dicha cláusula se refiere, aunque fuera a parientes consanguíneos de la testadora, sino que estaba obligada a transmitirlos solamente a título lucrativo, y al efectuarlo mediante compraventa contradujo su obligación testamentaria y por ello los mencionados contratos son nulos e in-existentes y, después de lo expuesto en los razonamientos que preceden, bien se advierte que este argumento capital carece de estabilidad porque se apoya en un supuesto inexacto, toda vez que en el examen de los motivos anteriores ha quedado demostrado que no existe la tal prohibición y que de los términos claros de la expresada cláusula institucional se deduce que la heredera de doña M. A. P., no se hallaba constreñida a usar solamente una forma de transmitir el dominio, sino por actos *intervivos* podía igualmente donar que vender y mediante acto *mortis causa* podría dejar los bienes a aquellos aludidos parientes lo mismo en concepto de herencia que por legado y aun instituir un fideicomiso respecto de dichos parientes, si tal hubiera sido su voluntad y con ninguna de tales disposiciones no habría contravenido el encargo de la testadora, de manera que si doña M. P. O. pudo vender y lo hizo a una pariente consanguínea de la testadora, aquel contrato debe estimarse válido porque no carecía de ninguno de los requisitos que la Ley exige para su eficacia, a saber: capacidad legal de los otorgantes, consentimiento, objeto y precio cierto entregado en el acto según la escritura, con lo cual quedan sin vigor los argumentos de los recurrentes acusando la inexistencia a este contrato, fundados en que desprovista de capacidad jurídica la vendedora, no hubo real transmisión y todo el acto fué simulado, y con base en este supuesto y como consecuencia del mismo, se estima igualmente nulo el segundo contrato por el que doña I. G. vendió a G. O. la misma finca, porque la vendedora no podía transmitir lo que no había entrado en su patrimonio.

CONSIDERANDO: Que como argumentos secundarios de estos motivos exponen además los recurrentes que se descubre la simulación de los contratos en el móvil que instigó su otorgamiento, que fué burlar la prescripción testamentaria, ya que aduciendo un recurrente que la pariente compradora doña I. G., por su edad de ochenta y siete años no parece proceder de modo normal al comprar una nuda propiedad que poco tiempo habría probablemente de disfrutar, pero no tienen en cuenta al aducir esto que *la mayor o menor utilidad que a un contratante proporciona el contrato otorgado no es razón suficiente para presumir vicio en el ne-*

gocio jurídico realizado; y también, como afirma otro recurrente, la coincidencia de fechas y continuidad inmediata de los actos realizados inducen a pensar en un móvil ilícito, siquiera de haber transcurrido mayor lapso de tiempo entre ambos contratos los haría aparecer como normales, razonamiento inadmisibles, por *si un contrato tiene en sí un vicio que contradice su existencia o destruye su validez no ganará eficacia por el transcurso del tiempo, conforme al conocido aforismo "quo ab initio nullus est non potest tractu temporis convalescere"*, por lo cual hay que rechazar este vicio de simulación atribuido a los contratos consabidos, porque demostrado como queda que la heredera doña M. P. O. pudo vender y que doña I. G., pariente consanguínea de la testadora pudo comprar, y el precio se afirma en la escritura que fué entregado, aparecen cumplidos los requisitos del contrato válido en la primera compraventa. y si resulta transmitida la cosa objeto del contrato a la compradora en el primero y vendedora en el segundo, este último es perfectamente válido por concurrencia de los requisitos del art. 1.261 del Código civil que por esto no resulta infringido, y en cuanto a la impugnación de la alusión que hace la sentencia recurrida a los actos propios de las demandantes doña M. y doña D. G. G., como hecho obstativo a la acción de inexistencia o nulidad de los repetidos contratos de compraventa que ejercitar en su demanda del pleito, que constituye la segunda pieza de estos autos acumulados, que se consigna en el motivo segundo del primer recurso y en el cuarto del segundo, debe advertirse que la referida alusión se produce en la resolución recurrida como un argumento complementario de índole más bien moral destinado a destacar la posición de ambas demandantes en el desarrollo de los hechos jurídicos debatidos en los diversos litigios planteados, pero no es el fundamento básico ni el único del fallo pronunciado, por lo que aunque sea cierto que *aquellos actos no daba lugar a derechos u obligaciones con influencia en los contratos que se impugnan y en razón de ello, según reiterada Jurisprudencia, no cabe atribuirles eficacia*, lo cierto es que la resolución recurrida no sufre menoscabo aun prescindiendo de tal argumento por hallarse sustentada en otras razones que por lo ya dicho quedan subsistentes, y como los errores de hecho que el recurso de doña D. G. G., denuncia en estos motivos que se examinan y que por cierto no se razonan en los motivos cuarto y quinto *se pretende apoyarlos en los testamentos y escrituras de compraventa que son precisamente los documentos objeto de interpretación en estos pleitos, esta circunstancia los hace inadmisibles como documentos auténticos a efectos de casación* como igualmente ocurre con el error de derecho denunciado en el motivo tercero de este mismo recurso por infracción del art. 1.253 del Código civil, toda vez que la sentencia recurrida no se apoya en presunciones, siendo en cambio muy utilizadas por los recurrentes en sus razonamientos, debiendo concluirse de todo lo expuesto que por no haberse cometido las infracciones denunciadas procede la desestimación de los motivos antes indicados, segundo del recurso de doña M. G. G. y tercero, cuarto y quinto de doña D. G. G.

CONSIDERANDO: Que asimismo debe rechazarse el motivo segundo del

recurso formulado por doña D. G. G., en el amparo de los números primero y séptimo del art. 1.692 de la Ley procesal, se denuncia la infracción del art. 675 del Código civil y la existencia de error de hecho, *y aun pasando por alto que respecto a la infracción del citado art. 675 no se expresa el concepto en que ha sido infringido y de que aun invocado el número séptimo de la consabida norma procesal antes indicada no se razona en el motivo en qué consiste el error denunciado y los documentos que en la enunciación del motivo se citan no revisten carácter de auténticos a efectos de casación, porque se trata de los testamentos que se discuten y en los que nada consta que contradiga lo afirmado por el juzgador de instancia*, este motivo se apoya en una petición de principio inadmisibles, porque dando por supuesto que la discutible cláusula de institución de heredero del testamento de doña M. A. P., antes N. G., prohibía a su heredera doña M. O. P., disponer de los bienes heredados a título oneroso a favor de los parientes consanguíneos de la testadora, sostiene contra lo razonado en el Considerando catorce de la Sentencia del Juzgado de Primera instancia de I., que las recurrentes, por resultar perjudicadas en el contrato de compraventa de 1.º de febrero 1936, por el que doña M. P. O., vendió a doña I. G. la finca Son March, tienen acción para impugnar por inexistencia el referido contrato, pero como ya quedó demostrado que la doña M. P. O. podía vender las fincas heredadas de doña M. A. P., antes N. G., siempre que el comprador fuese pariente consanguíneo de la testadora, y esta cualidad la ostentaba doña I. G., compradora, es visto que la finca Son March salió legalmente del acervo de la herencia, y no formaba parte de los bienes que "acaso conserve a su fallecimiento, procedentes de la herencia de doña M. A. P., antes N. G. (frases del testamento de la heredera doña M. P. O.), que fué lo que por legado y sustituyendo a la mentada I. G., recibieron las hoy recurrentes, y es cierto por tanto que carecían de acción las demandantes doña M. y doña D. G. G., para impugnar aquel aludido contrato de compraventa, puesto que no podían sostener haber sufrido perjuicio en los bienes que se les transmitían, y siendo esto así es procedente como al principio se dice la desestimación de este motivo del segundo recurso.

CONSIDERANDO: Que el tercer motivo del recurso de doña M. G. G., y el sexto del formulado por doña D. G. G., hacen referencia a la última de las tres cuestiones que son objeto del debate en ambos recursos interpuestos, esto es, la discutida cesión que las hermanas señoras G. G., hoy recurrentes, hicieron a doña C. A., de la mitad de los bienes muebles e inmuebles que recibiesen por herencia de doña M. P. O., procedentes de la de doña M. A. P., antes N. G., consignada en documento privado de fecha 2 de noviembre de 1928, firmado y reconocida su autenticidad por las tres señoras interesadas, cuya validez y eficacia es objeto de la cuarta pieza de los presentes autos acumulados, y si se examina con detenimiento el documento aludido y el pacto que en él se consigna *habrá de advertirse de modo notorio que se halla afectado de vicio de nulidad, porque su objeto son unos bienes que claramente se expresa que han de entrar en el patrimonio de las cedentes mediante una transmisión heredita-*

ria, lo que constituye el pacto sobre herencia futura prohibido por el párrafo segundo del art. 1.271 del Código civil, ya que no se concreta sobre bienes conocidos y determinados, existentes en el dominio del cedente cuando el compromiso se otorgó, sino que se refiere a la universalidad de bienes que habrían de adquirirse a la muerte del causante, sentido en el que conforme a la Jurisprudencia de esta Sala es de plena aplicación la norma sustantiva antes citada, y al no haberlo así entendido la Sala de instancia ha incurrido en la infracción de interpretar erróneamente y por ello ha hecho aplicación indebida de dicho precepto y procede la estimación de los motivos que al principio se citan y que denuncian la estimada infracción, produciendo la casación de la sentencia recurrida en el extremo a que los dichos motivos se refieren.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 25 ABRIL 1951

Casación por infracción de ley—alegación del concepto de la infracción.

Es desestimable el motivo en que no se expresa en qué párrafo del artículo 1.692 se estima comprendido.

SENTENCIA 25 ABRIL 1951

Arrendamiento de industria y de local de negocios—distinción—criterio interpretativo.

El criterio interpretativo para diferenciar entre arrendamiento de industria y de local de negocios, a los efectos de los artículos cuarto y quinto de la LAU, se establece examinando a este respecto la prestación del arrendador y la actividad que en la ejecución del contrato corresponda al arrendatario.

Arrendamiento mixto—legislación aplicable.

En presencia de la relación jurídica mixta de arrendamiento de industria y local de negocio, sujetos a distintas normas legales, es preciso mantener la integridad del contrato, tal como lo idearon los interesados en él, aplicando al conjunto indivisible la legislación que corresponda al elemento objetivo predominante, y a falta de datos concretos sobre valoración de dichos elementos, la pugna de normas legales comunes y especiales en un negocio jurídico indivisible llevaría a la aplicación de la legislación civil común por su cualidad normativa genérica y atrayente.

ANTECEDENTES.—(Véanse los considerandos.)

MOTIVOS.—El que interesa a la resolución es el de inaplicación del artículo cuarto e indebida aplicación del quinto de la LAU, en relación con los artículos 1.569 y 1.561 del C. c. y con la doctrina legal de las Sentencias de 2 de julio y 27 de septiembre de 1949.

CONSIDERANDO: Que, en términos generales y *en vía de interpretación de los artículos cuarto y quinto de la LAU, es fácil establecer la distinción entre arrendamiento de industria y arrendamiento de local de negocio, examinando a este respecto la prestación del arrendador y la actividad que en la ejecución del contrato corresponda al arrendatario; de suerte que si lo que aquél cede es una variedad de elementos debidamente organizados y aptos para obtener inmediatamente un producto económico, se estará en presencia de una unidad patrimonial con vida propia, constitutiva de un arrendamiento de industria, y si lo que se cede por el arrendador es solamente el goce o uso de un edificio o local en el que va a instalar el arrendatario su propia industria, el arrendamiento será meramente de local de negocio, sin que este último concepto se desvirtúe por el hecho de que con el local se cedan otros elementos desarticulados y no aptos por sí mismos para rendir un producto mercantil.*

CONSIDERANDO: Que, con este criterio, no es dudosa la calificación jurídica del contrato en litigio, puesto que, según los hechos sustanciales que la sentencia recurrida da por probados, lo que el arrendador cedió en uso al arrendatario fué un molino de maíz en funcionamiento, instalado en una parte de uno de los edificios arrendados, ocupando la mayor parte restante del mismo edificio, una maquinaria para la fabricación de harina que, por no ser de la propiedad del arrendador y sí del arrendatario no pudo ser objeto de la relación locativa, y así se configura claramente la existencia de un contrato de arrendamiento de la industria de molienda de maíz, excluido de la LAU por el artículo cuarto de la misma, que lo remite al régimen de la legislación común, y un pacto, a la vez, de arrendamiento de local en que se había instalado la fábrica de harina, propiedad del arrendatario, regulado este arrendamiento de local por los artículos primero y concordantes de la citada Ley especial.

CONSIDERANDO: Que *en presencia de la relación jurídica mixta de arrendamiento de industria y de local de negocio, sujetos a distintas normas legales, es preciso mantener la integridad del contrato, tal como lo idearon los interesados en él, aplicando al conjunto indivisible la legislación que corresponda al elemento objetivo predominante, según criterio sustentado en la Sentencia de 18 de abril de 1950, y si en esta orientación técnica acaso no fuera aventurado afirmar que, económica y jurídicamente, ofrece mayor relieve la industria de molienda de maíz que el local cedido para la fábrica de harinas, propiedad del arrendatario, siempre resultará que a falta de datos concretos en este proceso sobre valoración de dichos elementos objetivos, la pugna de normas legales comunes y especiales en un negocio jurídico indivisible llevaría, conforme a jurisprudencia de esta Sala, a la aplicación de la legitimación civil común, por su cualidad normativa genérica y atrayente.*

CONSIDERANDO: Que la Sala sentenciadora no ha tenido en cuenta la

doctrina expuesta, pues se equivocó indudablemente en el planteamiento de la cuestión litigiosa al buscar el elemento predominante del contrato en el resultado de la comparación del volumen económico de la industria de molienda de maíz arrendada y la industria de fabricación de harina que no pudo ser objeto de la relación jurídica creada, ni, por tanto, puede entrar en juego cuando se trata de establecer comparación entre las cosas que objetivamente constituyeron el vínculo concertado.

CONSIDERANDO: En consecuencia, que por ser aplicable al caso discutido la legislación común, procede casar la sentencia recurrida por falta de aplicación de los artículos 1.561 y 1.569 del Código civil, en relación con el artículo cuarto de la LAU, y por aplicación indebida del artículo quinto de esta misma ley, según se denuncia en el primer motivo del recurso, y al ser procedente la casación por este motivo, no hay necesidad procesal de examinar el segundo y último.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 26 ABRIL 1951

Arrendamiento urbano—resolución por necesidad de ocupar la finca—derecho del coheredero a pedirla—interpretación de las disposiciones que la regulan—necesidad del arrendador.

Existe el derecho de ocupar la vivienda en el coheredero aun antes de la partición por la facultad de servirse de las cosas conforme a su destino, concedida al comunero en el artículo 394 del C. c., sin que la manera de hacerlo en relación con el interés de los demás partícipes pueda ser intervenida por los extraños, ajenos a este interés.

Para la interpretación de las disposiciones que en la LAU regulan la primera excepción a la prórroga forzosa del contrato arrendaticio, hay que tener en cuenta como razón de dichas disposiciones el armonizar el derecho del arrendador a ocupar su vivienda con la protección dispensada al arrendatario como orientación general de la ley.

Aunque el hecho determinante de la necesidad del arrendador no se haya producido materialmente, no puede impugnarse la validez de la notificación, siempre que sea racional y fundadamente prevista por el arrendador como próxima en el orden regular de las cosas, sin que pueda esgrimirse la posibilidad de que la necesidad prevista no llegue a hacerse actual, lo que puede ocurrir en todo caso.

Recurso de injusticia notoria—requisitos—claridad en la alegación de la causa que ampara cada motivo.

La mezcla en un mismo motivo de dos causas comprendidas en distintos números del artículo 173 de la Ley arrendaticia urbana, les priva de la claridad y precisión necesarias, exigidas por dichos artículos, lo que es suficiente para rechazarlas.

ANTECEDENTES.—El demandante, como heredero de la arrendadora de un piso, solicita resolución del contrato, por necesitarlo para sí al ser trasladado como Notario al Municipio en que se halla enclavado. El requerimiento a la demandada, viuda del arrendatario, para que desalojase la vivienda se hizo cuando el traslado era inminente, aunque no se había hecho pública la disposición en que se ordenaba. En la contestación se opone la falta de legitimación para ocupar el piso, y que la elección no ha sido hecha conforme a las normas legales. El Juzgado y la Audiencia admiten la demanda.

MOTIVOS.—Primeramente.—Interpretación errónea y falta de aplicación de los artículos 76, 77 y 82 de la LAU y manifiesto error en la apreciación de la prueba documental obrante en autos.

Segundo.—Interpretación errónea e inaplicación de los artículos 766, 1.068 y 1.227 del C. c. y las Sentencias de 9 de febrero de 1930 y 25 de mayo de 1946.

Tercero.—Interpretación errónea y falta de aplicación del art. 359 de la LEC, por admitir una demanda fundada en la real o supuesta calidad de comunero del demandante.

Cuarto.—Interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 394, 398 y 661 del Código civil.

Quinto.—Interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 82 de la Ley arrendaticia urbana y violación y falta de aplicación de la doctrina legal contenida en la Sentencia de 5 de julio de 1948.

Sexto.—Interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 79 y 82 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

CONSIDERANDO: *Que en el primer número del recurso se mezclan para su exposición y argumentación dos causas: infracción de preceptos legales y error en la apreciación de la prueba, comprendidas en distintos números, tercero y cuarto, respectivamente, del artículo 173 de la LAU, privando así a la cita de las causas del recurso, de la claridad y precisión exigidas como "necesarias" en el último párrafo de dicho artículo, lo que sería razón bastante para rechazar las invocadas, cuya improcedencia, por otra parte, así como la de las segunda y tercera y cuarta resulta además de las consideraciones siguientes.*

CONSIDERANDO: *Que desde la muerte de su causante, y por disposición del artículo 657 del Código civil, don M. M. G., demandante, fué dueño, y, como tal, arrendador, de la casa en cuestión, por el mismo título de dominio, adquisición por sucesión hereditaria (art. 609 del mismo Código), proindiviso con sus dos hermanas, antes de la partición, y después de ésta, en la escritura de 4 de febrero de 1948, como único dueño, según el artículo 1.068, con exclusión de aquéllas.*

CONSIDERANDO: *Que indiscutible el derecho del señor M. G. en la segunda situación, después de la cual, en 27 de febrero de 1948, notificó a doña C. R. B. demandada, su deseo y necesidad de ocupar la vivienda arrendada, sin que contra dicha situación se alegue más que una supuesta ineficacia de la partición, no demostrada ni alegada oportunamente al contestar a la demandada, y cuya declaración tampoco se pidió, es también indiscutible, en todo caso, el mismo derecho y por el mismo título, como se ha dicho, aun sin la partición, por la facultad de servirse de los casos comunes conforme a su destino concedida a cada partícipe*

de la comunidad en el artículo 394 del Código citado, y nada más conforme con el destino de una casa con tres viviendas, por lo menos, que habitar una de ellas, uno de los tres conductos, sin que la manera de hacerlo, en relación con el interés y el derecho de los demás partícipes, pueda ser intervenida por los extraños ajenos en absoluto a ese interés y a ese derecho, y sin acción ni excepción, por ende, para hacerlo valer frente a la pretensión del conducto que necesita ocupar la vivienda; si bien la demandada pudo, y no hizo, citar de evicción a los demás comuneros que señala como arrendadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.482 del Código civil aplicable al contrato de arrendamiento según el 1.553.

CONSIDERANDO: Que para la interpretación de las disposiciones que, en la Ley de Arrendamientos Urbanos, regulan la primera excepción a la prórroga obligatoria del inquilinato, ha de tenerse en cuenta, como razón de dichas disposiciones, el fin de armonizar el derecho del arrendador a ocupar su vivienda con la protección dispensada al arrendatario, como orientación general de la ley, y que a tal fin de armonía se establece la limitación de derecho de aquél a los casos de necesitarla para sí o para determinados parientes, y los plazos e indemnizaciones concedidos al arrendatario para desalojarla.

CONSIDERANDO: Que ese fin no se conseguiría si ante la necesidad racional y fundadamente prevista por el arrendador como próxima en el orden regular de las cosas, el inquilino, sin mengua del plazo que le concede la ley a pretexto de que al notificarle el hecho determinante de la necesidad de la ocupación, tal hecho no se había producido materialmente, pudiese impugnar con éxito la validez de la notificación, porque esa interpretación impediría siempre al arrendador atender oportunamente a su necesidad, con el perjuicio consiguiente, sin beneficiar al arrendatario en cuanto al plazo ni a las indemnizaciones concedidos para desalojar la vivienda.

CONSIDERANDO: Que la inadmisibilidad de la interpretación rechazada resulta más en el caso de autos, en el que, al presentarse la demanda el día 21 de abril de 1949, el hecho determinante de la necesidad, nombramiento del demandante como Notario de M., ya se había producido con fecha muy anterior, 19 de junio de 1948, evidenciando lo racional y fundado de su previsión, y la inquilina había sido notificada el día 27 de febrero de 1948, es decir, más de un año antes de la presentación de la demanda.

CONSIDERANDO: Que contra la interpretación admitida no puede esgrimirse la posibilidad de que la necesidad prevista no llegase a ser actual, porque esa posibilidad podría alegarse con igual razón, si notificado el nombramiento ya hecho de un funcionario se dijese que acaso por muerte, destitución, excedencia, forzosa o voluntaria, traslado forzoso o por cualquiera otra causa, siempre posible en el transcurso del plazo concedido, al cabo de éste, podría no necesitar ocupar la vivienda, con lo que se crearía un círculo vicioso que haría ilusorio el derecho del arrendador, sin remedio en la ley que, por el contrario, le proporciona en su artículo 85,

para el caso previsto de no ocupar el arrendador la vivienda dentro de los tres meses de ser desalojada por el inquilino.

CONSIDERANDO: Que para apreciar la improcedencia del recurso por su causa quinta, basta comparar la disposición del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, que exigía para que el inquilino tuviese obligación de desalojar el local, que la indemnización correspondiente hubiese sido "satisfecha" o "puesta a su disposición", para el momento en que lo desalojasen, con el artículo 82 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, limitado a exigir el ofrecimiento "de manera formal", de dicha indemnización, como hizo notoriamente el demandante.

CONSIDERANDO: Que la causa sexta, alegada con el mismo defecto que la primera, por confundir en un mismo número del recurso dos causas comprendidas en números distintos del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, carece también, de todas maneras, de eficacia para dar por ella, lugar al recurso, porque el que se señala como documento del folio 236, que es un nuevo oficio firmado por el Fiscal Delegado de la Fiscalía de la Vivienda, en nada contradice el hecho supuesto en la sentencia recurrida de estar ocupado el piso primero de la casa del demandante por una industria de hospedaje, puesto que dice "que no consta el nombre del inquilino", como tampoco lo contradice la certificación del folio 238, que, por el contrario, afirma que doña L. C. M., inscrita como contribuyente para los ejercicios económicos de 1947 y 1948, como cesionaria de industria de casa de huéspedes, "presentó parte de baja a surtir efectos a partir del 1.º de octubre de 1948", lo que corrobora la existencia de la industria, cuando el arrendador hizo y notificó a doña C. R., demandada, la selección de vivienda en 27 de febrero del mismo año.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 26 ABRIL 1951

Reconocimiento forzoso de hijos naturales—carácter de los preceptos que lo regulan.

Los preceptos legales que regulan esta institución son de interpretación estricta.

Poseción de estado de hijo natural—concepto.

La posesión de estado de hijo natural consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, y cuyo estado ha de manifestarse necesariamente por actos directos, repetidos y ostensibles en la vida social que acrediten con evidencia notoria la voluntad espontánea, firme e indudable, del padre de tomar por hijo natural suyo al que pretende ser reconocido, y que demuestren cumplidamente la con-

tinidad de esa posesión, sin que sea posible confundir los actos más o menos reveladores de la presunción que abriga una persona de su paternidad respecto al hijo natural y hasta de su convencimiento de tenerla, con aquellos otros que acrediten y patenten la voluntad decidida del padre de poner a su hijo en posesión de semejante estado.

Congruencia y principio de los actos propios—excepciones—sentencias indivisibles.

Aunque el requisito de la congruencia de las sentencias y el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos sean exactos, no pueden aplicarse cuando los pronunciamientos hechos en las sentencias son absolutos e indivisibles por su naturaleza, como sucede con los relativos al estado civil, ya que no se concibe que nadie pueda tener un estado civil con relación a determinadas personas y carecer de él con respecto a otras.

ANTECEDENTES.—Doña A. V. G. interpuso demanda contra los hermanos y herederos de don P. A. C., alegando haber mantenido con éste, soltero y ya fallecido, relaciones íntimas durante muchos años, de las cuales había nacido una niña, C. V. G., que había vivido con ellos y había sido tenida por el padre en concepto de hija natural, llamándola hija, sufragando sus gastos, haciéndole regalos, etc., todo ello con carácter público. Rotas después las relaciones entre los padres, la niña siguió viviendo con el padre, hasta que éste la envió a una casa de su propiedad con las hermanas de la madre. Se suplicaba se declarara ser dicha niña hija natural de don P. A. C. Se opuso a la demanda sólo uno de los hermanos de don P. A. C., don J.; en el trámite de prueba declararon como testigos las hermanas de la demandante, varios amigos que frecuentaban la casa, la servidumbre de la misma, etc., que confirmaron las alegaciones de la demanda. En contra, depusieron varios amigos del presunto padre, pertenecientes a su elevada esfera social, que dijeron ignorar la supuesta paternidad de éste, y un Notario que declaró que en trance de muerte, don P. A. C. le entregó una nota para que redactara su testamento, que no llegó a firmar por fallecer antes dicho señor, en la que no se hacía alusión a la supuesta hija. En primera instancia se estimó la demanda respecto de todos los hermanos de don P. A. C.; apelaron todos, pero sólo don J. A. C. formalizó el recurso, por lo que se declaró desierto respecto a los demás; la Audiencia revocó la sentencia de primera instancia, desestimando la demanda respecto de todos los demandados. Interpusieron recurso de casación el Ministerio Fiscal y la demandante; habiendo muerto en tanto don J. A. C., se personaron sus hermanas y herederas, las otras demandadas.

MOTIVOS DE LOS RECURSOS.—A) *Del Ministerio Fiscal.*—Unico.—Violación e interpretación errónea del art. 135, 2.º del C. c.: por no apreciar la Sala los hechos probados como determinantes de la posesión de estado.

B) *De la demandante.*—Primero.—Infracción del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: la sentencia absuelve de la demanda a los demandados que no formalizaron la apelación.

Segundo.—Interpretación errónea del art. 135, 2.º del Código civil, y de doctrina legal, por dar interpretación restrictiva a tal precepto, que llegaría a hacerlo inoperante, contra la moderna tendencia jurisprudencial.

Tercero.—Infracción del art. 135, 2.º del Código civil: por el mismo razonamiento empleado por el Ministerio Fiscal.

Cuarto.—Infracción del principio de los actos propios y error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba: al no valorar debidamente la decisión de los hermanos de don P. y don J. A. C. al separarse de la apelación.

CONSIDERANDO: Que son afirmaciones de la sentencia recurrida que importa consignar a los fines del presente recurso, a) que la prueba testifical de la parte demandante acredita que don P. A. C. mantuvo trato carnal con la madre de la niña C. V. G., hecho no negado por la parte adversa, preocupándose de su embarazo y satisfaciendo cuantos gastos fueron necesarios para llegar a su feliz parto, y con la asistencia prestada por afamados especialistas, que posteriormente intervinieron siempre que lo exigió el estado de salud de la niña, pero sin revelarse nada en orden a la paternidad del bienhechor, siquiera uno de los facultativos expusiera su opinión personal, no basada en alusión directa del presunto padre, quien otorgó a la madre semejantes larguezas en otras ocasiones; b), que si bien dicho señor A. celebró el bautizo y pagó sus gastos, llegó hasta ocultar su intervención personal con el amigo que se prestó a ser padrino, invitando sólo a aquellas personas del barrio que pudieran ser del agrado de doña A. V. G., la que le acompañó a tal objeto; c), que en cuanto al efecto, cuidado y distinción, que según dicha prueba testifical, el señor A. dispensó a la niña, si bien es verdad que la atendió ininterrumpidamente hasta que la madre la reclamó facilitándole alimentos, cuidado y vestido con ciertos regalos, de las manifestaciones de los deponentes, no cabe inferir que su protección correspondiera al rango social y capital que por la parte actora se asigna al señor A., sino que, por el contrario, le facilitó vivienda en lugares siempre apartados de sus actividades y en el mismo ambiente que cuando vino al mundo, sin rodearla de aquellas personas que podían darle una educación esmerada, no constando tampoco que su manutención, vestidos y presentes estuvieran a tono con los medios económicos de que disponía su supuesto progenitor; d), que doña A. V. G. separó a la niña C. M. G. de la compañía del señor A. para encargarse de su total guarda y custodia, sin que hubiera ninguna oposición formal para retenerla por parte del pretendido padre; f), que al entrevistarse con su protector, en el domicilio de éste, lo hacía por un itinerario preestablecido y sin contacto alguno con sus demás moradores; g), que las afirmaciones de los testigos, por lo que hace al trato de hija natural que se dice dispensó el señor A. a la aludida niña, incluso en lo de llamarse respectivamente hija y padre, por las circunstancias especiales que en tales testigos concurren han de referirse a la esfera íntima en que pudieran desarrollarse, nunca transcendente a la de sus amigos y familiares; h), que en cuanto a la prueba, la Sala sentenciadora declara que no la hay documental adecuada, y por lo que se refiere a la testifical de la demandante hace la salvedad de que la relación de parentesco unida a la dependencia y al interés indirecto juegan buen papel.

CONSIDERANDO: Que por la jurisprudencia de este Tribunal se ha esta-

blecido reiteradamente que inspirado el Código civil en materia de filiación ilegítima en un criterio adverso a la investigación de la paternidad, responde a él en sus preceptos con un rigor tan absoluto y acusado, que no sólo excluye la posibilidad legal de lo propiamente inquisitivo, sino que llega con su sentido de prohibición hasta el extremo de impedir que los Tribunales declaren la filiación natural del hijo nacido fuera de matrimonio, aunque aparezca con la plenitud acreditada, siempre que no se demuestre el reconocimiento voluntario de su paternidad por el presunto padre, manifestada por éste, ya de una manera expresa, ya con hechos del mismo significativos de su voluntad, que por nadie puede ser suplida, que por afectar la filiación natural al estado civil de las personas, tener positiva transcendencia, lo mismo en el orden moral y familiar que en el social y económico, y obrar "in rem contra omnes", los preceptos legales que regulan esta institución son de interpretación estricta; que la posesión de estado de hijo natural consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, y en cuyo estado ha de manifestarse necesariamente por actos directos repetidos y ostensibles en la vida social que acrediten con evidencia notoria la voluntad espontánea, firme e indudable del padre de tener por hijo natural suyo al que pretende ser reconocido y que demuestren cumplidamente la continuidad de esa posesión, sin que sea posible confundir los actos más o menos reveladores de la presunción que abrigue una persona de su paternidad respecto al hijo natural y hasta de su convencimiento de tenerla, con aquellos otros que acrediten y patencien la voluntad decidida del padre de poner a ese hijo en posesión de semejante estado, quedando circunscrita la misión de los Tribunales a apreciar y calificar según las circunstancias de cada caso la índole, importancia, transcendencia y alcance de los actos de reconocimiento atribuidos al padre y a definir sobre la base de los mismos tal posesión de estado.

CONSIDERANDO: Que la Sala sentenciadora, ponderando los hechos realizados por don P. A. C. con relación a la niña C. V. G., llega a la conclusión de que no existió la posesión continua del estado de hija natural de la segunda con respecto al primero, y al hacerlo así no interpreta erróneamente el art. 135 del Código civil en su número 2.º, ni aplica indebidamente la jurisprudencia a él relativa, como afirman las partes recurrentes, porque dadas la manera y circunstancias en que tales hechos se realizaron podría estimarse que revelaban por parte del autor de los mismos la presunción de su paternidad y hasta el convencimiento de tenerla, según expresión de la aludida jurisprudencia, pero no puede inferirse de ellos de una manera notoria y evidente el propósito decidido y constante de don P. A. C. de tener y tratar a dicha niña como hija natural, y la finalidad de reconocerla tal estado, con los efectos legales que en los órdenes familiar, legal, social y económico se derivan de la relación paterno-filial para los hijos naturales reconocidos.

CONSIDERANDO: Que el Juez de primera instancia dictó sentencia declarando que la menor C. V. G. se había hallado en posesión continua del estado de hija natural de don P. A. C., con las consecuencias inherentes a tal declaración, y condenó a los demandados don J. C., doña J. y

doña P. A. C. a estar y pasar por tal resolución, y habiéndose apelado dicha sentencia por todos los demandados se personó en la segunda instancia únicamente por don J. A., por lo que la Sala declaró desierto el recurso de apelación en cuanto a las citadas demandadas, y como no obstante ello, la sentencia recurrida absuelve de la demanda no solamente al demandado don J. A., quien compareció a mantener la apelación, sino a las demandadas aludidas que no la mantuvieron, estima la recurrente doña A. V. G. que la Sala sentenciadora obró con exceso de poder, infringiendo el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, toda vez que los Tribunales de apelación tienen limitada su competencia en aquellas cuestiones que les sometieren las partes al apelar y ninguna cuestión propusieron las expresadas demandadas al no sostener la apelación, pero *aunque los principios expuestos sean exactos, no pueden aplicarse cuando los pronunciamientos hechos en las sentencias son absolutos e indivisibles por su naturaleza, como sucede con los relativos al estado civil, que afectan y son eficaces no ya respecto a todos los litigantes, sea cualquiera su actitud en el pleito, sino hasta para terceros, aunque no hubiese litigado, porque no se concibe que nadie pueda tener un estado civil con relación a determinadas personas y carecer de él con respecto a otras, y por ello el principio de jurisdicción rogada que informa la Ley de Enjuiciamiento Civil y de que es expresión, entre otros, el art. 408 de la misma, no puede ser de aplicación al caso debatido.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 26 ABRIL 1951

Casación de laudos de amigables componedores: por resolver puntos no sometidos a su decisión.

Sometida a los amigables componedores la liquidación de cuentas dimanadas del contrato de construcción de un vapor, no resuelven aquéllos sobre puntos no sometidos a su decisión si valoran alguna de las partidas de dichas cuentas en más de lo que reclama la Sociedad demandante, siempre que el saldo total no exceda de lo pedido por ésta.

SENTENCIA 27 ABRIL 1951

Recurso de injusticia notoria—error en la apreciación de la prueba.

Según reiterada doctrina de la Sala, para que pueda declararse que se ha cometido manifiesto error en la apreciación de la prueba, es preciso, a tenor de la regla 4.ª del art. 173 de la LAU, que aquél se acredite de modo palmario por el resultado de la prueba documental o pericial que obre en autos.

ANTECEDENTES.—El actor es arrendatario de un local en un inmueble propiedad del demandado, y al que reclama cierta cantidad, a consecuencia de falta de prestación del servicio de calefacción.

MOTIVOS.—Primero.—Infracción de precepto por errónea interpretación del párrafo primero y apartado C) del art. 151, en relación con el párrafo tercero del art. 150, ambos de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Segundo.—Infracción del art. 130 de la Ley arrendaticia, por inaplicación y por infracción de la doctrina legal sentada por las Sentencias de 27 de abril de 1940 y 7 de diciembre de 1943.

Tercero.—Por manifiesto error en la apreciación de la prueba, acreditado por la documental y pericial obrante en autos.

Cuarto.—Infracción por violación de la doctrina legal sentada, entre múltiples fallos emitidos, por las Sentencias de 4 de enero de 1876, 24 de abril de 1896 y 3 de febrero de 1927, sancionadoras del principio jurídico "actore non probate, reus est absolvendus".

CONSIDERANDO: Que para que pueda declararse que se ha cometido manifiesto error en la apreciación de la prueba, es preciso, a tenor de la regla 4.^a del art. 173 de la LAU, y de la reiterada doctrina de esta Sala, que aquél se acredite, de modo palmario, por el resultado de la prueba documental o pericial que obre en autos; y, a tal efecto, son ineficaces las alegaciones aducidas por el recurrente, no sobre el indudable contenido de los documentos y dictamen pericial en que apoya su impugnación, sino sobre la interpretación que aquél pretende darles, sustituyendo, con su particular criterio, el del Tribunal sentenciador, a base de cálculos aritméticos desprovistos de la certeza necesaria para demostrar la equivocación de aquél; debiendo, por ello, rechazarse el motivo tercero del recurso.

CONSIDERANDO: Que, subsistente, a los fines de éste, la afirmación del fallo recurrido sobre la prestación irregular y deficiente del servicio de calefacción dado al local arrendado, durante la mitad aproximadamente de la temporada oficial, no incide la Sala sentenciadora en la infracción de los artículos 150 y 151 de la LAU, porque, al declarar tal falta, no se haya empleado idéntica locución que la del texto legal; ya que ello es innecesario cuando, de los términos de la resolución, se infiere, sin duda alguna, que el servicio se prestó no sólo de modo notorio y ostensiblemente irregular, sino que, a veces, fué prácticamente nulo.

CONSIDERANDO: Que no cabe tampoco tomar en consideración cuantas alegaciones se hacen en torno a la falta de culpabilidad de la entidad arrendadora, ya que el fallo no desconoce ni niega que aquélla fué originada por las restricciones de flúido, en relación con el funcionamiento de la bomba inyectora; pero como quiera que acreditada la falta, procede la indemnización, incluso cuando ella sea debida a fuerza mayor, hay que desestimar, también, la causa tercera de impugnación.

CONSIDERANDO: Que no cabe entender, cual pretende el recurrente, que la pretensión de la demanda tendía únicamente a impugnar los aumentos percibidos por aquél, en razón directa de las diferencias producidas por elevación del coste del carbón; ya que ni se discutió la procedencia de tal incremento, ni la finalidad de la demanda fué otra que la devolución

del 20 por 100 del importe de la renta anual, más las diferencias referidas por un servicio deficientemente prestado; y como tal indemnización, en concepto de abono indebido, es procedente, conforme a lo estatuido en el artículo 151 de la citada ley, es llano que, al no aplicar el Tribunal sentenciador el artículo 130, y desestimar la excepción de caducidad, no incurrió en la infracción de dicho precepto, y procede desestimar, asimismo, el motivo segundo.

CONSIDERANDO: Que igual suerte debe correr el cuarto, basado en la violación de la doctrina sentenciadora del principio de Derecho: "actore non probante, reus est absolvendus"; porque declarado como está, en el fallo de instancia, que el actor probó parcialmente su demanda, como, por lo expuesto, tal aseveración queda firme a los fines del recurso, es desestimable también dicho motivo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 27 ABRIL 1951

Competencia territorial—acciones de origen contractual—lugar de comienzo de la ejecución.

Para entender del resto de la obligación que queda por cumplir, es competente el Juzgado del lugar donde la obligación comenzó a cumplirse, pues el aplazamiento de entrega de parte del objeto de una obligación no puede dividir la virtualidad y eficacia de la misma, y es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que, interpretando el artículo 1.171 en relación con el 1.500, ambos del Código civil, enseña que el lugar en que debe cumplirse la obligación es aquel en que deliberadamente haya comenzado a cumplirse la prestación cuyo resto se reclama.

SENTENCIA 28 ABRIL 1951

Acción reducción renta—comienzo plazo.

El plazo establecido por el artículo 112 de la LAU para el ejercicio de la acción para pedir la reducción de la renta, ha de contarse a partir del momento en que las partes, de acuerdo con lo convenido, fijaron para comenzar a regir el contrato.

ANTECEDENTES.—El actor, inquilino de un local propiedad de los demandados, se había visto obligado a de alojarlo por pretender aquéllos el derribo del inmueble y construcción de uno nuevo, con las reservas que establece el artículo 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936. Terminadas las obras, se ofrece al demandante el local resultante de la nueva construcción, pero aumentada la renta del mismo, de 150 pesetas mensuales que venía satisfaciendo, a 2 500 pesetas, sin que por los demandados se haya justificado el capital invertido.

MOTIVOS.—Primero.—Injusticia notoria por infracción de preceptos legales, al estimar aplicable y aplicar al caso de autos lo dispuesto en el art. 108 de la LAU, y al no aplicar lo que dispone el art. 122 de la misma Ley arrendaticia.

Segundo.—Injusticia notoria por infracción de precepto legal, al no apreciar que la acción para solicitar la reducción de renta había prescrito al formularse la demanda, y en error de hecho en la apreciación de la prueba documental, que acredita había transcurrido el tiempo legal necesario para que tal acción prescribiera.

CONSIDERANDO: Que en la resolución recurrida se considera probado que los demandados y hoy recurrentes fundaron la demanda por la que obtuvieron la sentencia firme de 29 de septiembre de 1942, declarando la obligación de don J. S. M. de desalojar el local que, como arrendatario, ocupaba en la casa de aquéllos, en el propósito de los propietarios arrendadores de "derribar los inmuebles adquiridos, para edificar otro", y que en la misma sentencia se salvan para don J. S. M. los derechos que a su favor reconoce el artículo 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936, que son el de ocupar nuevamente el local, terminadas las obras, extensivo a la ocupación de los resultantes en el caso de que, al reconstruir la finca, hubiese sufrido modificación la alineación de ésta, y el de fijar el nuevo precio en la forma prevenida por el precepto legal citado.

CONSIDERANDO: Que no impugnada en el recurso tal afirmación de la sentencia recurrida, se pretende en la causa primera del mismo, con aplicación a los supuestos alegados y admitidos como fundamentos en la anterior sentencia, de preceptos reguladores de otros distintos en la nueva ley, dejar sin efecto los derechos declarados a favor del arrendatario, después de haberse aprovechado los arrendadores, de la obligación declarada contra aquél de desalojar el local arrendado para utilizar las obras de derribo y reconstrucción, intento equivalente a una revisión sustantiva y procesalmente irregular de la Sentencia firme de 29 de septiembre de 1942, lo que impone la desestimación del recurso por su primera causa.

CONSIDERANDO: Que en la sentencia recurrida no se niega lo que resulta de la certificación de la Administración de Rentas Públicas de V., y de la póliza de abono de suministro de luz, sino que, interpretando acertadamente el artículo 112 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y teniendo en cuenta el momento en que las partes, de acuerdo con lo convenido, fijaron para comenzar a regir el contrato, desde el cual, claro es, comenzó el tiempo de ejercicio de la acción para pedir la reducción de la renta, carente ésta antes de vigencia contractual y de efectividad, desestimó la excepción de prescripción alegada, sin infringir el precepto legal citado ni incurrir en error alguno, por lo que es improcedente el recurso por su causa segunda.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 28 ABRIL 1951

Beneficio de pobreza—concepto de salario eventual.

Mientras el empleo subsiste, su retribución no puede tener la calificación de salario eventual, que es el que depende cada día de circunstancias fortuitas, a los efectos del número 1.º del artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA 28 ABRIL 1951

Sumisión expresa—en caso de litis-consorcio.

No puede extenderse a los liticonsortes que no la han pactado.

SENTENCIA 30 ABRIL 1951

Prueba de confesión judicial—cuándo existe división.

No se divide la prueba de confesión judicial cuando ésta abarca en el punto debatido dos extremos, y estando los confesantes contestes en uno de ellos, no lo están en el otro, apreciando el Tribunal de instancia el primer extremo y no el segundo.

Casación por infracción de ley—error de hecho en la apreciación de la prueba—documento auténtico—actas de la junta de una Sociedad anónima.

Las actas de la junta general de una Sociedad anónima, aun legítimas y reconocidas, no revisten carácter de autenticidad para probar que las personas que depositaron, según consta en ellas, las acciones de la Compañía para asistir a la junta sean propietarios de dichas acciones.

SENTENCIA 30 ABRIL 1951

Casación por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio—falta de citación para sentencia—alteración de la fecha de la vista.

La alteración de la fecha de celebración de la vista en la copia de la providencia que contenía el señalamiento de día con aquel fin es determinante de la nulidad de la notificación de la expresada providencia, y por ser la notificación parte complementaria de la citación para sentencia, implica la referida nulidad de la notificación la falta prevista en el número 4.º del art. 1.693 de la LEC.

SENTENCIA 8 MAYO 1951

Resarcimiento de daños—daño emergente y lucro cesante—enriquecimiento injusto.

Los gastos hechos en propaganda teatral antes del cumplimiento del contrato y en virtud del mismo, son daño emergente y no pueden computarse en detrimento de lucro cesante como deducciones del beneficio probable.

Si en el contrato se habla de tener el local en condiciones de representación, hay que considerar incluido en este concepto amplio los gastos de alquiler o renta del local y no computarles aparte, pues de otro modo se producirá enriquecimiento injusto.

ANTECEDENTES.—El empresario G. y la Compañía de teatro J. y K. acuerdan la representación de su espectáculo en el teatro de G. durante una temporada de cuarenta y nueve días. Incumplen el contrato J. y K. y G. demanda indemnización de "daños y perjuicios", exigiendo los gastos de publicidad hechos y las ganancias dejadas de obtener al 45 por 100 líquido del beneficio, después de deducir diversos conceptos, entre ellos el de tener el teatro en condiciones de representación durante el tiempo que debió durar la actuación.

MOTIVOS.—Primero y segundo.—Violación del artículo 1.106 del C. c. y del principio de Derecho. "ninguno non se debe enriquecer torticerramente con daño de otro".

CONSIDERANDO: Que no han sido objeto de impugnación en este recurso los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, en cuanto por ellos se estimó la existencia del contrato verbal celebrado entre el demandante señor G. y los demandados señores J. y K., con fecha 25 de diciembre de 1942, con sujeción a las condiciones que rigieron el contrato anterior de 11 de noviembre del mismo año, y se estimó también que los demandados habían incumplido el contrato que les obligaba a proporcionar la actuación de la Compañía J. y K. en el teatro C., desde fines de mayo hasta el 13 de julio de 1943, siendo únicamente objeto de recurso el pronunciamiento de la sentencia recurrida, que estableció las bases para fijar la indemnización de daños y perjuicios que, por razón de aquel incumplimiento deben abonar los demandados al demandante.

CONSIDERANDO: Que en el motivo primero se impugna la base primera de la liquidación en relación con la tercera, pretendiendo el recurrente que de acuerdo con las condiciones del contrato de 11 de noviembre de 1942 sean de cargo del actor todos los gastos de propaganda, deduciendo los íntegramente del 45 por 100 de participación en los beneficios correspondientes al mismo, sin excluir de la deducción, como lo excluye la Sentencia de instancia, los gastos de propaganda hechos por el demandante y a su cargo desde el 18 de abril al 9 de mayo de 1943, pero *el motivo así formulado no debe prosperar, porque los gastos ya hechos y satisfechos constituyen el daño emergente que no entra en juego para fijar el lucro cesante, con relación al cual sólo son deducibles los demás*

gastos de propaganda que hubiera sido preciso hacer si la Compañía J. y K. hubiera actuado en Madrid, según lo convenido, y no se hicieron por el actor a causa del incumplimiento por los demandados, ya que si se siguiera el criterio que sustenta el recurrente se duplicaría el cargo al actor de los gastos que ya fueron satisfechos por él.

CONSIDERANDO: Que en cuanto al segundo y último motivo del recurso, se advierte, de una parte, que en las bases tercera y final de la cuarta del fallo recurrido, se duplica la deducción que había de hacerse en la participación del actor, por el alquiler del local y renta del teatro, que en realidad corresponde a un mismo y único concepto, y se advierte también que en este aspecto no se ajusta el fallo a la cláusula del contrato de 11 de noviembre de 1942, que suponía al actor los gastos del teatro en condiciones de representación, que es concepto más amplio que el de alquiler o renta del local, por lo que debe rectificarse en este particular el fallo recurrido por haberse infringido en la instancia el principio de derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto, en relación con el artículo 1.106 del C. c., según denuncia el aludido motivo segundo.

FALLO.—Ha lugar. Se rectifica la sentencia de instancia en el sentido del último considerando.

SENTENCIA 10 MAYO 1951

Ley de Arrendamientos Urbanos—alcance de la renuncia de los derechos que concede.

La Ley de Arrendamientos Urbanos prohíbe la renuncia a los derechos del arrendatario, pero no impide que el inquilino que disfruta el derecho a la prórroga forzosa puede pactar libremente el desalojo de la jinca que ocupa ni menos obliga al propietario a reintegrarle en su disfrute cuando por su propia y libre voluntad lo haya desalojado.

SENTENCIA 16 MAYO 1951

Transacción—concepto.

Es perfectamente compatible con el concepto de transacción la existencia de pretensiones que pueden y deben ser cumplidas desde luego o en fecha determinada, sin perjuicio de la acción que pueda corresponder a cualquiera de las partes para instar la resolución de la transacción si abiertamente se faltase a sus estipulaciones por el contrario.

Interpretación de contratos—valor de la confesión judicial de una de las partes.

La interpretación de un contrato no puede ser materia de la prueba de confesión judicial, sino función de los Tribunales de Justicia.

ANTECEDENTES.—Para solucionar diferencias pendientes, se suscribió un contrato de transacción en que una de las partes se obligaba a entregar a la otra, en fecha fija, una casa determinada, contrayendo ésta a su vez ciertas obligaciones. No entregada la casa, se ejercitaron las acciones reivindicatoria y de cumplimiento del contrato. El demandado alegó el incumplimiento por el actor de lo que le incumbía. En ambas instancias se e timó la demanda. Se interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción del art. 1.809 C. c.: éste, al definir la transacción, subordina las prestaciones de una parte a las de la otra y no permite su independencia.

2.º Error de Derecho en la apreciación de la prueba, con infracción del art. 1.232 C. c.: el actor había confesado en juicio que la entrega de la casa estaba subordinada al cumplimiento de sus propias obligaciones.

CONSIDERANDO: Que según se expresa claramente en el segundo motivo del recurso la litis se halla centrada en torno de la interpretación que deba darse al documento de transacción que sirve de base principal a la demanda, y por virtud del cual el demandado se obligó a entregar al actor en 1.º de mayo de 1942 la casa a que dicha demanda se refiere para habitarla; pero en lugar de atacar la interpretación que da a dicho documento la Sala de instancia por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal con invocación de los preceptos del Código civil relativos a la interpretación de los contratos, como debería hacerlo, ajustándose a reiterada jurisprudencia de esta Sala, el recurrente invoca el error de derecho en que a su juicio ha incurrido el Tribunal alegado la infracción del artículo 1.232 del Código civil, por entender que al absolver una de las posiciones que le fueron formuladas, el demandado vino a aceptar la tesis del actor en el sentido de que la entrega de la casa en cuestión quedaba subordinada al cumplimiento de las demás estipulaciones que incluye el aludido documento; pero es lo cierto que el motivo así formulado no puede prevalecer, porque, aparte de la defectuosa redacción del apuntamiento en orden a dicha posición, pues no se concreta ésta, y más bien parece que la posesión se consigna como respuesta, ella resultaría en perfecta contradicción con todo el sentido de la contestación a la demanda, y con la actuación de dicho demandado a través del pleito, y por otra parte *se trata de la interpretación de un contrato que no puede ser materia de la prueba de confesión judicial, sino función de los Tribunales de Justicia, cuyo ejercicio ha sido reclamado por los interesados.*

CONSIDERANDO: Que, por otra parte, aunque es verdad que la transacción aludida contiene diversidad de pactos, como que en ella se trata de solucionar las múltiples cuestiones que separaban a los hermanos contendientes en los asuntos que se dieron por transigido, es lo cierto que la entrega de la casa en cuestión había de hacerse a fecha fija y no se condicionaba a la realización de ningún otro hecho, y por ello es de estimar racional y ajustada a lo pactado la interpretación de la Sala.

CONSIDERANDO: Que esto sentado cae por su base el motivo primero del recurso, donde se alega la violación del artículo 1.809 del Código civil, donde se define el contrato de transacción; pero es que, además, como nadie pone en duda la existencia de ésta, no cabe que tal artículo haya sido infringido, y por otro lado, *es perfectamente compatible con el con-*

cepto de transacción la existencia de prestaciones que pueden y deben ser cumplidas, desde luego, o en fecha determinada, sin perjuicio de la acción que pueda corresponder a cualquiera de las partes para instar la resolución de la transacción, si abiertamente se faltase a sus estipulaciones por el contrario.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 17 MAYO 1951

Casación por quebrantamiento de forma—requisitos—alegación del precepto infringido.

Para que pueda prosperar el recurso de casación por quebrantamiento de formalidades esenciales del juicio no basta la cita del número del artículo 1.693 LEC., en que se apoye, sino que es, además, preciso, que se cite también el precepto procesal que el recurrente estime infringido y la resolución infractora

SENTENCIA 18 MAYO 1951

Principios generales del Derecho—requisitos para su aplicación.

Para que los principios del Derecho sean eficaces en revisión, como en casación, es preciso no sólo que se cite ley o sentencia que los reconozca como doctrina legal, sino, además, afirmar la inexistencia de una ley exactamente aplicable al punto litigioso.

Principio de los actos propios—actos realizados en un proceso anterior.

Es condición precisa para alegar con éxito el principio de los actos propios, realizados en un pleito anterior entre los mismos litigantes, que en éste se crearan, modificar o extinguieran derechos a favor de quien alega el principio.

Principio de los actos propios—en materia social.

Es inaplicable el principio de los actos propios a materia social, inspirada en la supervoluntad estatal predominante sobre la individual.

ANTECEDENTES.—Se trataba de un desahucio de un “manso” en Cataluña, dado en aparcería bajo la forma de “masovería”, por falta de pago de productos. El dueño había iniciado un proceso anterior por falta de pago y por fraude y deslealtad en la valoración y entrega de productos, pero se habían declarado no acumulables ambas acciones. Habían me-

diado varias actas notariales sobre los productos existentes en la finca en cada año. El demandado alegó que los productos no pagados estaban exentos de entrega, según el uso local, no obstante lo cual consignó en dinero la cantidad correspondiente, según dictamen de valoración de productos hecho por un Ingeniero Agrónomo. En ambas instancias se estimó la demanda. Se interpuso recurso de revisión.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero.—Aplicación indebida de los artículos 28, causa 3.^a, de la Ley de 15 de marzo de 1935, 10 de la de 23 de julio de 1942 y 1.214 del C. c., y de doctrina legal: no se ha probado con claridad la cuantía de los productos no entregados, y además era preciso discutir previamente si procedía o no su entrega, lo que excede del marco de un juicio de desahucio.

Segundo.—Infracción del principio de Derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos y de los arts. 1.256 y 1.282 en relación con el 1.214 del Código civil: En el anterior proceso entre las mismas partes no se reclamaron los productos que ahora se estiman impagados.

Tercero.—Aplicación indebida del art. 28 de la Ley de 15 de marzo de 1935 en relación con la de 23 de julio de 1942 y de doctrina legal, e infracción del art. 1.203 del Código civil: Al admitirse entregas a cuenta y no fijarse plazo para el pago del resto se novó el contrato.

Cuarto.—Infracción de los arts. 1.273, 1.543 y 1.569, 2.^o del Código civil: No había precio cierto.

Quinto.—Aplicación indebida del art. 28 de la Ley de 15 de marzo de 1935 y de doctrina legal.

CONSIDERANDO: Que, tratándose de un recurso extraordinario de revisión, contra sentencia que expresamente declara "improcedente" la consignación hecha por un aparcerero cultivador de los frutos que estima debidos, a fin de evitar el desahucio por falta de pago, declaración que hace por las pruebas de confesión judicial, documental y pericial practicadas en el pleito, lo más elemental y necesario para que el recurso prosperase era combatir la apreciación que de los hechos litigiosos hace el fallo recurrido, sobre la base de tales medios probatorios para sacar aquella esencial afirmación de improcedencia, fundándose dicha impugnación en el manifiesto error en tal juicio, conforme a la causa 4.^a de la Norma 7.^a de la Disposición transitoria 3.^a de la Ley de 28 de junio de 1940, y al no invocar esta causa 4.^a en ninguno de los cinco motivos del recurso, amparados todos ellos en la causa 3.^a, hay que estimar legal y lógicamente, que se admite la improcedencia de la referida consignación, no sólo porque declaraciones no combatidas se estiman consentidas, sino porque en lugar alguno del recurso se alega la infracción del artículo 29 de la Ley de 15 de marzo de 1935, fundamento legal en que el Juez, en el Considerando 2.^o de su sentencia, aceptado por la Audiencia, se basa por aquella declaración, todo lo cual obliga a la desestimación del primer motivo del recurso, ya que, además, la aplicación indebida del artículo 28, causa tercera de la Ley de 1935—falta de pago de la renta—y del art. 10 de la de 23 de julio de 1942—sin precisar párrafo de los seis que comprende—, que en dicho motivo se alegan, no puede aceptarse, si previamente no se combate la prueba en que se fundó la Audiencia para aplicarlos.

CONSIDERANDO: Que en el segundo motivo se alega la infracción del "principio de Derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos", pero en primer lugar, para que los principios de Derecho sean eficaces

en revisión, como en casación, es preciso no sólo que se cite ley o sentencia que los reconozca como doctrina legal, sino, además, afirmar la inexistencia de una ley exactamente aplicable al punto litigioso, que haga necesaria la aplicación de aquel principio de Derecho, porque tales principios sólo son aplicables cuando se alegan como supletorios en defecto de ley y de costumbre; como expresamente preceptúa el art. 6.º del Código civil; en segundo término, en el pleito anterior entre los mismos litigantes, no se crearon, modificaron ni extinguieron derechos a favor del recurrente, condición precisa para alegar con éxito el principio de los actos propios, y, por último, es doctrina consignada en Sentencias de esta Sala de 18 de marzo y 8 de abril de 1942, "la inaplicabilidad del principio de los actos propios a esta materia social, inspirada en la supervoluntad estatal predominante sobre la individual", sin que sea preciso examinar la infracción de los artículos 1.256 y 1.282 del Código civil, que también se alega en este motivo, porque el recurrente se limita a invocar su infracción, sin concretar el concepto o sentido en que fueron infringidos, como exige el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento civil, supletoria de los recursos de revisión en Arrendamientos rústicos.

CONSIDERANDO: Que en el tercer motivo se esgrime una novación del artículo 1.203 del Código civil, sin precisar a cuál de los tres que dicho artículo enumera se refiere, ni concretar en qué lugar del pleito consta la confesión de los demandantes y "los innumerables documentos públicos", reconociendo entregas a cuenta con reserva, ni estas entregas por sí solas pueden, en el presente caso originar legalmente una novación, imprecisión y vaguedad que imposibilitan este motivo y obligar a su desestimación de plano, así como los motivos 4.º y 5.º; el 4.º por alegarse en él la infracción del artículo 1.273 del Código civil, que ninguna relación guarda con el fallo recurrido, ya que tal artículo se refiere al objeto de todo contrato, materia que en el presente pleito nadie discutió, estando conforme con el pactado, y del artículo 1.543 del mismo Código, que se concreta a definir el arrendamiento, y el motivo 5.º, por ser una repetición del primero y del cuarto.

CONSIDERANDO: Que la conformidad de las sentencias de primera y segunda instancia, unida a la falta de consistencia del presente recurso, hacen razonable la imposición al recurrente de las costas ocasionadas en el mismo, por su manifiesta temeridad.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 18 MAYO 1951

Arrendamiento urbano—resolución por necesidad de ocupar la finca—requisitos legales—necesidad de un coarrendador—mujer del inquilino, funcionario—notificación—momento de ejercicio de la acción.

Corresponde a los herederos del arrendador la acción para negar la prórroga del contrato.

No es necesario que en todos los coarrendadores concorra la causa de necesidad para que pueda ser estimada la demanda.

Dada la unidad del matrimonio, sus fines y la necesidad de convivencia de los cónyuges para el cumplimiento de los mismos, debe estimarse que basta que concorra la condición de funcionario público en la mujer de un inquilino para determinar el orden legal que el arrendador ha de seguir para el desalojo.

Existiendo para los funcionarios públicos la obligación de residencia, basta hacer constar la condición de tal en el arrendador y el hecho de vivir en término municipal distinto para determinar que en la notificación a que se refiere el art. 82 de la LAU, se halla suficientemente expresada la causa de necesidad del demandante propietario.

El tiempo transcurrido sin ejercitar el derecho atribuido por la Ley de resolver el contrato, no puede extinguirlo, porque su ejercicio no tiene plazo limitado de duración.

Recurso de injusticia notoria—error en la apreciación de la prueba—clase de error invocable.

El error de la causa cuarta del artículo 173 de la LAU es el de hecho y no puede fundamentarse en la infracción de los artículos 1.218 y 1.232 del Código civil.

ANTECEDENTES.—Uno de los herederos del arrendador, funcionario público, necesita habitar uno de los pisos de su casa y los coherederos conjuntamente interponen acción de resolución del contrato contra un arrendatario odontólogo que ejerce su profesión en el mismo piso en que vive, habitando el otro piso de la finca un empleado de banca cuya esposa es funcionario de Hacienda y cuyo número de hijos supera al del demandado. El Juzgado y la Audiencia admiten la demanda y se interpone recurso de injusticia notoria.

MOTIVOS.—Primeramente.—Violación de los arts. 76 y 77, a) de la LAU y del artículo 659 del C. c. e interpretación errónea del art. 394 del Código civil.

Segundo.—Violación e interpretación errónea del artículo 79 de la misma ley.

Tercero.—Violación del artículo 82 de la LAU.

Cuarto.—Violación de los artículos 77 y 78 de la LAU y error en la apreciación de la prueba documental, con violación de los artículos 1.218 y 1.232 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que, como afirma la sentencia recurrida, tanto si la relación arrendaticia se estableció entre los demandantes como arrendadores y el demandado como arrendatario, según sostiene la parte actora, como si dicha relación se pactó entre don S. E., padre de los demandantes, en concepto de arrendador y el demandado en el de arrendatario, como éste afirma, habiendo justificado los actores su carácter de herederos, y, por lo tanto, el de sucesores del mismo en todos sus derechos y obligaciones, su condición de arrendadores se halla plenamente justificada y, por

lo tanto, que les corresponde la acción para negar la prórroga del contrato de arrendamiento por las causas establecidas en el artículo 76 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y ejercitada la acción fundada en el número primero de dicho precepto legal, conjuntamente por los tres demandantes, únicos herederos de don S. E. y justificada la necesidad en que uno de ellos, doña M. E., se encuentra de ocupar la vivienda arrendada al demandado, por desempeñar un cargo público en la capital de la provincia, donde radica dicha vivienda y habitar en distinto municipio, lo que la obliga a trasladarse diariamente a dicha capital para ejercer su función, la Sala sentenciadora, al estimarlo así no infringe los artículos 76, número primero y apartado a) del 77 de la LAU, así como tampoco el 655 del C. c., porque conforme a él, la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte y, por ello, los demandantes adquirieron de su causante el derecho de arrendadores, ni se ha infringido tampoco el 394 de dicho Código, que autoriza a cada partícipe a servirse de las cosas comunes siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho, y en el caso presente, la actora, doña M. E., pretende usar de una cosa común y no perjudica el interés de los demás coarrendadores, quienes no solamente han prestado su consentimiento, sino que han ejercitado conjuntamente con ella la acción de resolución del contrato de arrendamiento, por lo que es vista la procedencia de la acción, que por lo expuesto no exige, como el recurrente pretende, que en todos los coarrendadores concorra la causa de necesidad para que pueda ser estimada la demanda.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida respeta el orden que el arrendador ha de seguir, conforme al art. 79 de la LAU, para escoger la vivienda que necesite ocupar, porque si bien es cierto que el demandado, además de vivir en el piso arrendado, ejerce en él una profesión que es objeto de tributación y que el inquilino del otro piso de la casa no tiene la condición de funcionario público y, por lo tanto, no ocupa el mismo lugar, en el orden establecido por dicho texto legal, que el demandado, no lo es menos que la esposa del citado inquilino es funcionario de la Delegación de Hacienda de P., y dada la unidad del matrimonio, sus fines y la necesidad de convivencia de los cónyuges para el cumplimiento de los mismos, debe estimarse que basta que concorra tal condición de funcionario público en cualquiera de los cónyuges que ocupan un hogar familiar para que se reconozca en favor del titular del arrendamiento el preferente derecho que le otorga el texto citado, por lo que hay que reconocer que el arrendatario demandado y el inquilino del otro piso de la casa se hallan en la misma situación legal a este respecto, pero como concurre en favor del mencionado inquilino la circunstancia de tener una familia más numerosa, tiene preferente derecho sobre el demandado a ser respetado en la posesión arrendaticia de la vivienda, y los actores, al escoger el piso del demandado con preferencia al del inquilino aludido, se han ajustado a los términos del artículo 79 de la LAU, interpretado y aplicado rectamente por la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que en la notificación hecha al demandado en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 82 de la LAU, se hizo constar que la demandante, doña M. E., necesitaba la vivienda ocupada por el demandado para habitarla, que dicha demandante estaba domiciliada en R. y que desempeñaba el cargo de Instructora Sanitaria del Instituto Provincial de Higiene, y como el domicilio de los funcionarios públicos lo es el del lugar donde desempeñan su cargo, en cuyo lugar se hallan legalmente obligados a residir, hay que estimar que en dicha notificación se hallaba suficiente expresada la causa de necesidad que tenía la demandante para ocupar la vivienda arrendada al demandado, y cumplido tal requisito exigido por el citado precepto legal.

CONSIDERANDO: Que el artículo 77 de la LAU dispone que cuando se tratase de vivienda, para que proceda la estimación de la causa primera del artículo 76, el arrendador había de acreditar la necesidad de la ocupación de aquella cuya necesidad se presumirá entre otros casos en el de que la persona para que se reclame habite fuera del término municipal en que se encuentra la finca y necesitare domiciliarse en él, y esta circunstancia concurre en la demandante doña M. E., y si bien la sentencia recurrida declara que aquélla fué repuesta en el cargo mencionado en el año 1940 y hasta el de 1947 no se celebró el acto de conciliación, por el que el demandado fué notificado de la necesidad en que se hallaba dicha parte actora de habitar la vivienda arrendada, es lo cierto que la demandante continúa desempeñando dicho cargo en la capital de la provincia, y mientras este hecho subsista subsistirá también para la actora la necesidad legal de residir en dicha capital, sin que la circunstancia del tiempo transcurrido sin ejercitar el derecho que la ley le atribuye pueda hacer ineficaz tal derecho, cuyo ejercicio no tiene un plazo limitado de duración, y, por ello, no es de estimar la infracción de los expresados preceptos legales.

CONSIDERANDO: Que el artículo 173 de la LAU incluye como una de las causas que dan lugar al recurso de injusticia notoria el manifiesto error en la apreciación de la prueba, acreditado por la documental o pericial que obre en los autos—causa 4.^a—, de cuyos términos se infiere que el error a que dicha causa alude es el error de hecho, ya que el contenido de un documento o de un informe pericial es el que tiene que servir de base y no el error de derecho, que necesita fundarse en la infracción de una norma que determine el valor legal de una prueba, y como el recurrente, para fundamentar el error que atribuye a la Sala sentenciadora, cita como infringidos los artículos 1.218 y 1.232 del C. c., que se refieren al valor probatorio de los documentos públicos y de la confesión, es desestimable también en el recurso, por que a este extremo se refiere.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 19 MAYO 1951

Unidad de explotación agrícola—carga de la prueba de su existencia.

Afirmada por el testador la existencia de una unidad de explotación agrícola en el sentido del art. 1.056 del C. c., corresponde a los que la impugnan demostrar los hechos en que basan su impugnación, de acuerdo con el art. 1.214 del Código civil.

Mejora tácita.

Encaja en el art. 828 del C. c. y constituye mejora tácita la disposición en cuya virtud el testador deja a uno de sus herederos forzosos todos los bienes raíces de la herencia, los cuales no caben en el tercio libre.

ANTECEDENTES.—Un causante gallego falleció bajo testamento, cuyas cláusulas 3.^a y 4.^a establecían: “Tercera. Deseando conservar indivisa la explotación agrícola de todos los bienes de su propiedad, es voluntad del otorgante que dichos bienes sean adjudicados íntegramente a su hijo Santiago, por tasación de 72 ferradas de trigo, o su equivalencia en metálico a razón de 100 pesetas cada ferrada, de las que se pagan 54 al dominio directo que le afecta y las 18 restantes se distribuirán entre los seis hermanos, percibiendo tres cada uno en la casa del lugar de Ural que habita el otorgante, prohibiendo toda otra tasación... Cuarta. En el remanente de la herencia, incluso las maderas de un palmo de diámetro en la base instituye por sus herederos a partes iguales a sus expresados seis hijos”. Una hija del testador le había premuerto, dejando dos hijos como herederos abintestato. El contador hizo una partición de la herencia, en virtud de la cual asignaba a Santiago todos los predios, y una renta de nueve ferradas y cuatro cuartillos de trigo a cada uno de sus hermanos vivos y a ambos hijos de la hermana premuerta. Uno de los nietos herederos del testador presentó demanda, en cuya súplica solicitaba: la nulidad de las cláusulas 3.^a y 4.^a del testamento, por existir un vicio en la institución de heredero, al omitirse a él y a su hermano; la nulidad de la partición; y la distribución de la herencia en seis partes iguales, adjudicadas por estirpes. El demandado se opuso, alegando la validez de la institución de heredero, por figurar en ella la madre del demandante, aun no fallecida en el momento de otorgarse testamento, y por vía de reconvención, alegó la existencia de una mejora expresa en favor propio, que recaía sobre el “lugar acasarado”, constitutivo de una unidad de explotación agrícola, o, en último término, la existencia de una mejora tácita admitida en el artículo 828 del C. c. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial de La Coruña admitieron la súplica de la demanda en todas sus partes (con la salvedad de que la Audiencia no declara la nulidad de la cláusula 4.^a) (1) El demandado recurre en casación.

CONSIDERANDO: Que las cuestiones que el presente recurso plantea son: primera: si es válida la cláusula 3.^a del testamento otorgado en 20 de mayo de 1918, y segunda, si su disposición de que sean adjudicados todos los bienes raíces de la herencia al recurrente constituye mejora, con lo

(1) Los razonamientos de las sentencias de instancia no se recogen en los resultados de la del Tribunal Supremo.

que impugna solamente el pronunciamiento segundo de la sentencia recurrida, que declara la nulidad de esa cláusula y la igualdad en el reparto de los bienes entre los coherederos y desestima la reconvencción, pero no los demás sobre la declaración de ser el demandante heredero forzoso del causante, que admiten los motivos primero y tercero del recurso.

CONSIDERANDO: Que para resolver la primera de esas cuestiones es innecesario examinar, como hacen los Considerandos cuarto y quinto de la sentencia del Juez y primero de la Audiencia, si se establece una disposición mortis causa sobre la institución gallega conocida por "lugar acasariado" en esa cláusula 3.^a, pues ésta no lo nombra por el nombre propio de Ural, como objeto de la transmisión hereditaria, y sí únicamente como forma o lugar de distribución de bienes, y lo que expresa y claramente hace el testador en esa cláusula es disponer de todos sus bienes inmuebles, sin distinguir que formen o no parte de un lugar acasariado, y se acoge para hacer tal disposición al precepto del párrafo 2.^o del art. 1.056 del C. c., hasta el punto que toma de él las palabras más importantes que encierran la esencia y requisitos integrantes de tal precepto, que son la existencia material de una explotación agrícola y que el padre quiera conservarla indivisa.

CONSIDERANDO: Que la existencia de tal explotación está afirmada por el testador y contra ella no se opone, por lo que resulta del apuntamiento remitido a este Tribunal, manifestación alguna por el demandante, pues no funda su demanda más que en la manera en que se ha hecho la partición y el perjuicio que con esa forma se ha causado a las legítimas, y por eso incurre en evidente error la Sala sentenciadora al sostener en su Considerando primero que la unidad de la explotación necesita una prueba terminante que no ha tenido lugar en los autos, porque constando ya en el testamento, constituye una situación jurídica que no necesita más prueba, sino que, por el contrario, son los que la impugnan los que tienen que demostrar los hechos en que basen su impugnación, en virtud del principio recogido en el artículo 1.214 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que el otro requisito de la voluntad del padre testador de conservar indivisa una explotación agrícola, no necesita más fundamento que esa voluntad, lo cual aparece en este caso con toda claridad, por emplear en la cláusula 3.^a del testamento las mismas palabras del artículo 1.056 mencionado, en modo que no hacen precisa interpretación alguna.

CONSIDERANDO: Que esa disposición a favor del recurrente de la repetida cláusula 3.^a constituye la mejora a que se refiere la reconvencción, no sólo porque en la cláusula 1.^a del testamento se llama a este heredero hijo mejorado, sino además porque encaja completamente en el artículo 828 del C. c., pues está suficientemente concretada al mencionar todos los bienes raíces, y por no caber en el tercio libre, según la tasación pericial que obra en autos, aunque no la recoge la sentencia, el objeto de ese legado tiene que ser imputado, no en su totalidad, pero sí en lo que excede de ese tercio libre, en el de mejora, y viene a constituir una de las mejoras tácitas que por excepción admite el Código, según la Sentencia de 27 de di-

ciembre de 1935, si no bastara para ello la manifestación de la cláusula 1.^a, antes dicha.

CONSIDERANDO: Por todo lo expuesto, que la sentencia recurrida ha infringido los artículos citados en el recurso y procede su casación en los extremos mencionados en el primer Considerando de esta nuestra sentencia.

FALLO.—Ha lugar.

En segunda sentencia, el T. S. formula los siguientes considerandos:

CONSIDERANDO: Que no implica la nulidad de ninguno de los extremos de la cláusula 3.^a del testamento en cuestión la valoración de los bienes ni la forma en que deben adjudicarse a los herederos los que resten de la herencia después de detraídos los que constituyen la mejora, porque esa prohibición de valoración y compensación están limitadas, pero no anuladas, por los derechos legitimarios de los descendientes, los cuales pueden pedir el complemento de su legítima, según el artículo 815 del C. c., en el caso que se acredite, al rectificarse las operaciones particionales para acomodarlas a lo declarado en esta sentencia, que existía perjuicio para los derechos legitimarios, por no cubrirlos los bienes de la herencia que no son objeto de la mejora, ya que no es medio adecuado para ello el que se emplea en la partición efectuada, de compensar esos derechos con unas *rentas en saco*, porque no se ajusta a lo preceptuado en el último inciso del repetido artículo 1.056 y en el 829 del mismo Código, pues si bien tendría que ser respetada tal manera de pagarse la legítima, si fuera costumbre hacerlo así en Galicia, no se ha probado en autos que sea así, como era preciso, por no estar recogida por ninguna disposición legal ni por la Jurisprudencia.

CONSIDERANDO: Que esa rectificación de las operaciones particionales es un efecto obligado de lo sentado en el Considerando anterior y debe declararse, aunque no haya petición de las partes en ese sentido, pero no se da en el presente caso ninguna de las causas de su nulidad, determinadas por el Código civil y la Legislación Notarial, y que la Audiencia declaró como consecuencia de la de la cláusula testamentaria, por lo que desestimada esta nulidad no puede subsistir la de aquélla, aunque no se reclame expresamente sobre ella.

SENTENCIA 21 MAYO 1951

Vicios del consentimiento—dolo—intimidación.

Afirmar que el pago se llevó a cabo mediante dolo y con intimidación son afirmaciones contradictorias como expresivas de vicio del consentimiento, que se excluyen recíprocamente.

SENTENCIA 22 MAYO 1951

Beneficio de pobreza—requisitos—litigar derechos propios.

Con arreglo a lo establecido en el art. 20 de la LEC, no procede la concesión del beneficio de pobreza al socio que ejercita acciones reivindicatorias que no le corresponden a él, sino a la Cooperativa a que pertenece.

SENTENCIA 22 MAYO 1951

Requisitos para proponer el medio de prueba documental de los libros de los comerciantes, según el art. 46 del C. de comercio del Protectorado español de Marruecos.

Para respetar la prohibición establecida en dicho precepto legal, es preciso que en el escrito de proposición de prueba se concreten los hechos a que dicho medio se refiera, lo que no se cumple cuando se propone, utilizando como fórmula "en los extremos que señalare en el acto de la práctica de la diligencia, relacionados con las cuestiones que en este pleito se ventilan", porque la referencia ha de ser no respecto a cuestiones, sino a hechos, como toda prueba, y ha de hacerse en el escrito de proposición de prueba, para que el Juez, apreciando los extremos de la propuesta, pueda proponer lo procedente sobre su admisibilidad, sin que deba entenderse tampoco que la exigencia de concretar los hechos obligue a señalar determinados asientos o elementos en todos los libros.

SENTENCIA 23 MAYO 1951

Derecho de retención—arrendatario y precarista.

El derecho de retención fundado en el art. 453 del Código civil, no corresponde al arrendatario ni al precarista, pues sus intereses no están amparados por esa norma general, sino por la especial de los arts. 1.604 y 1.605 de la LEC., sin otras garantías de carácter real.

Juicio de desahucio—improcedencia por complejidad de relaciones—requisitos.

Para la improcedencia del juicio de desahucio, por ser muy complejas o confusas las relaciones existentes que requiere que la oposición del demandado vaya dirigida contra el título o posesión del actor o referirse al mismo derecho que se intenta extinguir, o que ostente un derecho de discutible apreciación.

ANTECEDENTES.—Se trataba de un juicio de desahucio por precario de varias casas que ocupaba el demandado. Este alegó la existencia de un

contrato de arrendamiento verbal con el causante de los actores, y haber hecho, en una de las casas, obras de mejora que fundaban un derecho de retención. En primera instancia se estimó la demanda, salvo respecto al edificio en que se habían hecho mejoras y donde el demandado tenía establecido un negocio de cinematógrafo. En segunda instancia se estimó totalmente la demanda. Se interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero.—Inaplicación del art. 453 en relación con los 433, 43, 435 y 436 del Código civil: no se apreció la existencia del derecho de retención.

Segundo.—Infracción de la doctrina legal, que exige para el desahucio la inexistencia de título; aquí existía el constituido por el derecho de retención.

Tercero.—Infracción de doctrina legal; no procedía el juicio de desahucio por la complejidad de relaciones existentes.

Cuarto.—Error en la apreciación de la prueba, que demostraba la existencia del arrendamiento.

Quinto.—Por consiguiente, aplicación indebida del art. 1.563, tercero de la LEC.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida da lugar al desahucio solicitado, por afirmar como cuestión de hecho que no existe el contrato de arrendamiento que alega el demandado, y que éste ocupa en precario las tres fincas objeto del juicio, y contra esta apreciación se alza el motivo cuarto de este recurso, fundado en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, pero respecto a este último no cita precepto legal alguno que regule la apreciación y valoración de las pruebas que pudiera revelar tal equivocación, y pretende demostrar el error de hecho con un alta y recibos de contribución, letras de cambio y facturas y un documento privado de cesión de arrendamiento del llamado C. M., que no tiene el carácter de auténtico ni pueden demostrar la realidad del arrendamiento alegado, los primeros, porque su origen es una declaración unilateral a efectos fiscales; el último, porque no está otorgado por los actores ni sus causantes, ya que no es bastante para estimarlo así el que a continuación de una diligencia escrita a máquina, en que figura una autorización por la madre de los litigantes, sin firma, aunque en ella se expresa que va firmada, hay una mancha tan confusa que no se puede apreciar que sea huella dactilar, y no hay en autos elementos para comprobar que corresponda, como se dice, a doña M. B. T., y los demás documentos que opone no acreditan que el negocio de cinematografía a que pueden referirse tengan por base el pretendido arrendamiento.

CONSIDERANDO: Que el derecho de retención que opone el demandado a la acción de desahucio, fundado en el artículo 453 del Código civil, y es base de los motivos primero y segundo del recurso, no corresponde al arrendatario ni al precarista, pues sus intereses no están amparados por esa norma general del citado artículo, sino por lo especial de los artículos 1.604 y 1.605 de la LEC., según Sentencia de 1.º de junio de 1892, que los reconoce para el caso en que reclamen por labores mejoras u otra cualquiera cosa que haya quedado en la finca, al derecho a pedir en ejecución de la sentencia de desahucio su avalúo y la indemnización correspondiente, sin las otras garantías de carácter real que invoca el deman-

dado y recurrente, y no son aquí aplicables, como pretende el mismo, las Sentencias de 2 de enero de 1928 y 18 de marzo de 1948, porque se refieren al derecho de opción que tiene el propietario en determinados casos en que debe pagarse previamente una indemnización para que pueda quedarse con lo edificado o sembrado en su predio, por todo lo cual, tampoco son de estimar estos dos motivos.

CONSIDERANDO: Que tampoco lo es el motivo tercero, porque si bien es cierto, como éste sostiene, que *no procede el desahucio cuando entre el actor y el demandado hay más vínculos que los derivados del derecho que se trata de extinguir y cuando sus relaciones son tan confusas o complejas que necesiten una previa declaración de derechos y el más amplio debate en otros procedimientos judiciales, también lo es que la jurisprudencia, desarrollando el principio que informa nuestras leyes, lo mismo sustantivas que adjetivas sobre estos juicios, ha declarado repetidamente que para aquello se requiere que la opción del demandado vaya dirigida contra el título o posesión del actor o referirse al mismo derechos que se intenta extinguir, o que ostente un derecho de discutible apreciación*, lo que no ocurre en el caso actual con el arrendamiento y el derecho de retención que invoca, que no han necesitado amplia discusión ni difícil examen para ser desestimados.

CONSIDERANDO: Que el quinto y último motivo del recurso está alegado según el mismo expresa, como consecuencia de los anteriores, y basado en el título arrendaticio y error de hecho en la apreciación de las pruebas que alega, por lo que desestimados éstos, queda aquél falto de base.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 25 MAYO 1951

Recurso de injusticia notoria—cuestiones nuevas.

No pueden ser examinadas en esta clase de recurso, dada su especial naturaleza.

Recurso de injusticia notoria—error en la apreciación de la prueba—clases de prueba en que puede fundarse.

No puede basarse en los resultados del reconocimiento judicial.

Arrendamiento urbano—resolución por derribo—compromiso de reserva de local de negocio—tiempo en que ha de contraerse.

No es forzoso contraerlo en la demanda, sino que es antes de desalojar la finca cuando los arrendatarios podrán ejercitar sus derechos, sin que

a esto pueda obstar el deseo del propietario de ocupar el nuevo local por sí, si se hallare en condiciones legales de verificarlo.

ANTECEDENTES.—El demandante, propietario de una casa, solicita el desahucio del arrendatario del local de negocio sito en la planta baja de la misma, por proponerse el derribo de la finca para su nueva edificación. Estimada la demanda, que fué confirmada, el demandado interpuso recurso por injusticia notoria, fundado en los siguientes

MOTIVOS.—1.º Interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 76, causa 2.ª, y arts. 115 y 102 LAU 31-XII-1946.

2.º (Fundado en las causas 1.ª y 4.ª) Infracción art. 1.232 C. c., y manifiesto error en la apreciación de la prueba.

3.º Infracción del art. 76, causa 2.ª, y 102, ap. a), de la citada LAU.

4.º Infracción de los arts. 348 y 349 C. c.

CONSIDERANDO: Que ante todo conviene dejar sentado que la contestación a la presente demanda por resolución de contrato de arrendamiento por derribo se funda señaladamente en que el propietario, a juicio del demandado, no tiene propósito serio de reedificar; en que la finca que se pretende derribar no es una, sino dos; en que la única variación de la finca proyectada con respecto a la existente consiste en la elevación de una nueva planta, y en su interior la transformación de vivienda de la parte de entrecubiertas; en ser el derribo innecesario para la reforma; en que el expediente gubernativo no es eficaz por falta de informe de la Cámara de Comercio y otras circunstancias, y en que no se contrae el compromiso de reservar al demandado un local de negocio en la nueva edificación; pero sin que en dicha contestación se exceptione nada en concreto en orden a si la nueva construcción conserva o no el número de locales de negocio que hay en la que se trata de derribar, por lo que *la alegación en que sobre tal extremo se hace en el motivo tercero del recurso constituye una cuestión nueva que no puede ser examinada en el presente recurso de injusticia notoria referido a la sentencia recurrida, dada la especial naturaleza de tal recurso.*

CONSIDERANDO: Que en el propio motivo segundo se alega manifiesto error en la apreciación de la prueba deducida del dictamen pericial que obra en autos, así como de los proyectos referentes a otras construcciones reveladoras de que en casos que el recurrente estima idénticos al actual no fué necesario derribar los respectivos inmuebles, sosteniendo también que el reconocimiento judicial evidencia que las viviendas del edificio actual son seis, incluyendo en ellas el desván o sotabanco; pero estos elementos de prueba son insuficientes para destruir la valoración que de la misma hace la Sala, porque, prescindiendo de los proyectos aludidos, que nada tienen que ver con el caso debatido, lo que el informe pericial consigna es “que existen soluciones técnicas para ejecutar la reforma y elevación de pisos proyectados sin necesidad de derribar la planta baja”; pero se agrega, a “excepción de la zona destinada a trastienda, ya que en esta zona se proyectan partes de edificación que varían fundamentalmente la estructura del edificio, afectando a la planta baja aludida”; y en cuanto al desván a que se refiere el reconocimiento judi-

cial, aparte de que éste no es eficaz conforme al número cuarto del artículo 173 para demostrar el error manifiesto en la apreciación de la prueba, la Sala estima que tal desván no tiene condiciones de habitabilidad actualmente y por lo tanto, no puede considerarse como vivienda.

CONSIDERANDO: Que en cuanto al error de derecho consistente en la infracción del artículo 1.232 del Código civil, que también se invoca por entender el recurrente al contestar el demandante a la posición primera que se le formuló "que en la actualidad, y ante el aumento de coste producido, tendré que esperar a construir el edificio a hacer números y ver si la renta originada al local le permite trasladar la sección de su negocio que en él pensó instalar al comprar la casa", vino a reconocer su falta de propósito de edificar, no se puede desconocer que la Audiencia en su resolución aprecia la expresada prueba entendiendo que el confesante se refiere al propósito de instalar su negocio o no en el local resultante, no al llevar a cabo el derribo, y esta interpretación concordante con toda su actitud a través de los dos litigios sostenidos no permite estimar el quebrantamiento del precepto legal invocado.

CONSIDERANDO: Que subsisten las bases de hecho en que la sentencia se funda, no es procedente refutar la infracción de los artículos 76, 102 y 115 á que se aluden los motivos primero, tercero y cuarto del recurso ni de los artículos 348, 349 del Código civil, que también se citan, en cuanto estos preceptos no amparan el abuso del derecho, porque, como queda dicho, dados los hechos declarados probados por la Sala no es posible apreciar la vulneración de las normas citadas, y en cuanto a la falta de compromiso por parte del propietario de reservar un local de negocios al demandado, *no es forzoso contraerlo en la demanda, y la mera lectura del artículo 104 de la Ley evidencia que es antes de desalojar la finca cuando los arrendatarios que desearan volver al inmueble cuando fuere reedificado podrán ejercitar los derechos a que la misma disposición se refiere, sin que ello pueda obstar el deseo que tenga el propietario de ocupar el nuevo local para sí, si se hallare en condiciones legales de verificarlo*, pues esta aspiración, a falta de convenio entre las partes, podrá dar lugar al correspondiente juicio de resolución de contrato por causa de necesidad; pero *no puede impedir al inquilino el ejercicio de los derechos que le otorga el artículo 106 de la Ley de Arrendamientos Urbanos cuando el desahucio, como aquí, se fundamenta, no en la necesidad del propietario, sino en el propósito de derruir para edificar después*, procediendo, por los razonamientos alegados, la desestimación del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 25 MAYO 1951

Contrato mercantil de seguro—deber del asegurador de dar cuenta de los demás contratos celebrados—plazo.

Si éste no se señala, deberá aplicarse para determinarlo el art. 62 del Código de Comercio.

Contrato de adhesión—seguro—interpretación.

Lo es, prácticamente, el de seguro, y por ello no cabe referir sus omisiones al asegurado.

Casación por infracción de ley—error de hecho en la apreciación de la prueba—documento auténtico—concepto.

No lo es cuando no demuestra por sí mismo los hechos que se alegan.

Casación por infracción de ley—error de derecho en la apreciación de la prueba—preceptos alegables como infringidos.

No pueden invocarse, para estimario, los arts. 1.281, 1.283, 1.284 y 1.285 del Código civil, pues no constituyen normas relativas a la valoración de la prueba.

CONSIDERANDO: Que el artículo 32, párrafo segundo de las condiciones generales de la póliza establece que la acción para reclamar contra los acuerdos de la Compañía, concediendo o denegando la indemnización, caduca al año de haberse hecho saber por carta certificada o requerimiento notarial al siniestrado o su representante dicha resolución, y una vez pasado este plazo ningún derecho asiste al siniestrado para pretender su modificación o revocación, sea cualquiera la causa en que se funde, estimándose por el recurrente que se había producido la caducidad prevista en dicho artículo, porque habiéndose denegado varias veces por la Compañía aseguradora la indemnización pedida por el asegurado, la última de ellas por la carta de dicha Compañía, de 16 de abril de 1942, y no habiéndose celebrado el acto de conciliación previa a la demanda hasta el 6 de diciembre de 1943, el plazo de un año había transcurrido con exceso, pero la Sala sentenciadora, interpretando dicha carta en relación con la confesión prestada por el Director de la Compañía aseguradora, llega a la conclusión de que aquélla no constituye ninguna denegación o rehusé del siniestro, porque lo supedita todo a un nuevo estudio del asunto, y esta conclusión la impugna el recurrente como un error de hecho en la apreciación de la prueba, conforme al número 7.º de dicho artículo, y cita como documento auténtico demostrativo de la equivocación evidente del juzgador la propia carta, objeto de la interpretación hecha por la Sala sentenciadora, pero como tal documento no demuestra por sí mismo en razón a las consideraciones que han quedado expuestas, lo que el recurrente trata de justificar, o sea la denegación de la indemnización pedida por el asegurado, no puede considerarse como auténtico para los efectos de la casación, y el error de hecho en la apreciación de la prueba que se alega no puede ser estimado, como tampoco puede serlo el error de derecho, en tal apreciación, que el recurrente asimismo alega y funda en la in-

fracción del art. 1.225, en relación con el 1.218 del Código civil y el 1.228 del mismo Cuerpo legal, porque para que la infracción de tales textos pudiera darse, sería preciso que el documento en cuestión contuviera la declaración que el recurrente le atribuye, o sea, la aludida denegación, y no la contiene por lo que se acaba de exponer, y en cuanto a los artículos 1.281, 1.283, 1.284 y 1.285 del Código civil, que también se citan como infringidos, tales preceptos se refieren a la interpretación de los contratos, pero no constituyen normas relativas a la valoración de las pruebas, por lo que no pueden invocarse para fundar el error de derecho cometido en la apreciación de las mismas, y al no haberse denegado de una manera expresa y categórica, como dice la sentencia recurrida, la petición de indemnización hecha por el asegurado, no se ha dado el supuesto exigido por el citado art. 32 de la póliza para la caducidad de la acción, inconscientemente han podido ser infringidos los artículos citados por el recurrente, relativos a la fuerza obligatoria de los contratos.

CONSIDERANDO: Que el Código de Comercio, en su artículo 398, impone al asegurado la obligación de dar cuenta al asegurador de todos los seguros anteriores, simultánea o posteriormente celebrados, y en conformidad con tal precepto, y como consecuencia de él los arts. 13 y 16 de la póliza establecen que si el asegurado ha hecho garantizar contra el incendio, antes o después de la fecha de la misma, los objetos que por ella asegura, por cualquier suma que sea, por sociedades mutuas, a prima fija u otros aseguradores, sea cual fuere su título o denominación, estará obligado a declararlo, justificando su declaración por la presentación de la póliza correspondiente, lo cual se hará constar en el contrato, y a falta de dichas declaraciones, dentro de los plazos fijados, y siempre que no quede debidamente justificado el caso de imposibilidad material, quedarán en suspenso los derechos del asegurador a cualquier indemnización, en caso de siniestro, y si hubiese imposibilidad material justificada, los plazos fijados empezarán a correr desde el momento en que la imposibilidad haya cesado, *de cuyos términos se desprende claramente que la voluntad de las partes fué establecer un plazo, dentro del cual tales declaraciones habrían de ser formuladas, pero como la póliza no lo señala y el Código de Comercio tampoco lo determina especialmente, es de aplicación al caso lo prevenido por dicho Cuerpo legal en sus disposiciones generales sobre los contratos de comercio, dentro de los cuales está el art. 62, según cuyos términos, las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de dicho Código, serán exigibles a los diez días después de contraídas si sólo produjeran acción ordinaria y al día inmediato si llevaran aparejada ejecución*, pero como las nuevas pólizas concertadas por el asegurado con otras Compañías, según declara la Sala sentenciadora, no aparecen firmadas hasta el propio día 24 de julio de 1941, unas horas antes de ocurrir el siniestro, es visto que no quedó incumplida por el asegurado aquella obligación para la que las partes quisieran establecer un plazo, y no llegaron a establecerlo concretamente por una omisión que no cabe atribuir al asegurado, sino a la entidad aseguradora, *toda vez que el contrato de seguro es prácticamente*

un contrato de adhesión, cuyas cláusulas redacta el asegurador, por todo lo cual no cabe afirmar con el recurrente que el asegurado, al no comunicar a la aseguradora el otorgamiento de las nuevas pólizas, haya dado lugar a la resolución del contrato, y carezca de acción para exigir su cumplimiento, y la sentencia recurrida, al no estimar tales excepciones, no comete las infracciones legales que se señalan en los motivos segundo y tercero del recurso.

CONSIDERANDO: Que el cuarto motivo del recurso se ampara en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil—error de derecho en la apreciación de la prueba—que se supone cometido por la Sala sentenciadora al declarar que la firma de las nuevas pólizas se verificó el día del siniestro, citándose como infringido el artículo 1.248 del Código civil, pero dicho artículo, de carácter admonitivo y no preceptivo, atribuye al juzgador la libre facultad de apreciar la prueba testifical, conforme a las reglas de la sana crítica, que no se hallan determinadas en Ley alguna que pueda citarse como infringida, por lo que conforme a la constante jurisprudencia de esta Sala tal artículo no puede servir de base a un recurso de casación.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 25 MAYO 1951

Arrendamientos urbanos—edificaciones provisionales—concepto.

A los efectos del art. 114 de la LAU, la provisionalidad consiste en la falta de adecuación de las edificaciones al sitio donde se encuentran y no depende del tiempo transcurrido desde su construcción ni de la posibilidad de su permanencia.

Arrendamientos urbanos—edificaciones provisionales—presunción del artículo 114 de la LAU.

A la presunción del párrafo 2.º de este artículo, sólo debe acudir subsidiariamente a falta de resultado directo de la prueba.

ANTECEDENTES.—Se intenta el desahucio de unos transportistas, arrendatarios de dos cobertizos de uralita de tres metros y medio de altura, sostenidos por pilares de ladrillo de 60 por 60 cm., cerrados con paredes de mampostería y ladrillo, situados en un solar urbano sobre el que pretenden edificar los propietarios. Se basan éstos en la causa 2.ª del artículo 76 de la LAU, en relación con el 114. El Juzgado dió lugar al desahucio y la Audiencia revocó esta sentencia, basándose, sobre todo, en que la legislación vigente exige técnicos para la construcción de las edificaciones en cuestión. Se interpone recurso de injusticia que prospera.

MOTIVOS.—Primero.—Al amparo del art. 173, 4.º, de la LAU: error de hecho.

Segundo.—Al amparo del art. 173, 2.º: interpretación errónea del artículo 114 de la LAU

CONSIDERANDO: Que para calificar una edificación de "provisional", como concepto contrario a "definitivo", al efecto determinado en el artículo 114 de la LAU, según el sentido y fin de dicho artículo, y de los generales de la misma ley, debe atenderse a la falta de adecuación entre la edificación y el sitio en que se halle, porque repugna a los intereses particulares y sociales y a los medios legales arbitrados para resolver el grave problema planteado por la escasez de edificios habitables, estimar como definitivo, uno que, ni por su fin, realizable en cualquier otro lugar; ni por su rudimentaria construcción; ni por la intención del que la construyó, sea el adecuado, según el fin de la ley en busca del interés social, al sitio que ocupa, y así el carácter provisional de una edificación no depende del tiempo transcurrido desde su construcción, ni de la posibilidad de su permanencia.

CONSIDERANDO: Que basta la descripción literal y gráfica del informe del arquitecto designado como perito por acuerdo de ambas partes, y recogido en la sentencia recurrida, al establecer los hechos discutidos, para estimar como provisional, según lo expuesto, las construcciones de que se trata, reducidas a dos "cubiertos" de uralita, de "sencilla construcción", cuyo fin es únicamente defender el suelo de los meteoros, para guardar en ellos vehículos, y a una caseta, que según el propio art. 114 debe reputarse edificación provisional; ninguno de los tres, por lo tanto, adecuados al sitio que ocupan entre edificios habitables de una calle de T. del M.

CONSIDERANDO: Que en la sentencia recurrida no se aplica para la resolución del caso en cuestión, el artículo 114 de la LAU, por interpretarse erróneamente, al atender, para decidir si son o no provisionales las edificaciones de que se trata, al tiempo que llevasen construídas, contra el criterio expuesto, y, subsidiariamente, a la presunción establecida en dicho artículo, a la cual, claro es, sólo se ha de acudir, a falta del resultado directo de la prueba, como aparece en el pleito, con lo que ha infringido el precepto legal citado, infracción que acusada en el número segundo del recurso, debe dar lugar a éste, por ser la causa tercera de las señaladas para el mismo en el art. 173 de la repetida Ley de Arrendamientos Urbanos.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 25 MAYO 1951

Competencia territorial—acciones de origen contractual—indemnización de daños y perjuicios.

A falta de sumisión de las partes, y no siendo conocido el lugar de cumplimiento de la obligación, es Juez competente el del domicilio del demandado.

Juicio verbal—requisitos de la demanda—alegación de los fundamentos de hecho.

Si bien la jurisprudencia ha declarado que no es necesario presentar con la demanda los documentos en que la parte funda su derecho, porque puede hacerse en el acto del juicio, no admite que se oculten en ella los hechos de que deriva el derecho que se reclama.

SENTENCIA 26 MAYO 1951

Competencia territorial—acciones de origen contractual—indemnización de daños y perjuicios.

A falta de sumisión de las partes, y no habiendo sido contendiente en la cuestión por inhibitoria el Juez del lugar de cumplimiento de la obligación, es competente el del lugar del domicilio del demandado.

SENTENCIA 28 MAYO 1951

Declaración de voluntad—interpretación.

En principio, y por regla general, debe prevalecer la voluntad declarada sobre la interna, ya que así lo exigen la buena fe y la seguridad del tráfico, a menos que se acredite evidentemente que fué otra la voluntad de los contratantes.

Amigables componedores—facultades.

Deben sujetarse a la voluntad de los contratantes, expresada en la escritura de compromiso, y según los términos del mismo y aquellos que, por una inducción de sus palabras, deban reputarse comprendidos en el citado contrato.

Amigables componedores—no comunicación a los comprometidos de aclaraciones solicitadas por el componedor a terceros.

No puede constituir causa de la nulidad de su fallo.

CONSIDERANDO: Que son antecedentes precisos para la mejor comprensión del problema que inserta el recurso los siguientes: Primero, que en 19 de marzo de 1944 los señores Ll. y S. B., en representación del Banco U., y don J. O. U., como presidente de las Sociedades H. E., formalizaron un contrato de disponibilidad de energía eléctrica, conforme, entre otras, a las siguientes bases: a) H. E. pone a disposición del Banco U. el

suministro de cien millones de kilovatios hora para su cesión eventual a la Compañía R. de L.; b) que en caso de consumarse la cesión, serán entregados por H. E. a los antedichos cesionarios en toma única, en subestación principal. Segundo, que, según se había previsto en el contrato, el Banco U. cedió en los términos convenidos a R. de L. el suministro de la energía eléctrica contratada. Tercero, que no habiéndose determinado en el contrato nominalmente la subestación principal en que las tomas debían hacerse, surgieron entre ambas Empresas divergencias sobre tan especial extremo, estimando H. E. que era facultad suya designar la subestación de entrega, proporcionando, a tal efecto, la subestación de Alcira, en tanto que las entidades cesionarias entendían que debía ser San Vicente de Raspeig. Cuarto, que no habiéndose puesto de acuerdo las entidades contratantes, no obstante la mediación de la Delegación técnica especial, esta resolvió, en 31 de mayo de 1947, que debían someterse a un arbitraje las dos cuestiones siguientes: a) cuál es el punto de entrega de la energía; b) si procede fijar indemnización a H. E. por el suministro, desde 1945, por la subestación de San Vicente. Quinto, que en cumplimiento de tal acuerdo, las entidades dichas otorgaron en 3 de julio de 1947 escritura de compromiso en la que facultaron al amigable componedor que ha dictado el laudo para que resolviera las dos cuestiones siguientes: Primera. Cuál es el punto de entrega de la energía que la Sociedad H. E. debe ceder a R. de L., conforme al contrato celebrado en 19 de mayo de 1944 con el Banco U. Segundo. Si procede indemnizar a la Sociedad H. E. por haber dado el suministro a la Compañía cesionaria a partir de 1945 por la subestación de San Vicente. Sexto, que la tesis sustentada por la Empresa recurrente (H. E.), en el curso de la amigable composición, es que, no designado en el contrato el punto de entrega, carece éste de objeto, y es, por tanto, inexistente; mientras R. de L. insistió en el punto de vista inicialmente mantenido. Séptimo, que el amigable componedor, considerando que de las estaciones prácticamente posibles para efectuar el suministro es Alcoy la que mejor defiende los intereses de las dos Empresas, falló en tal sentido el extremo capital del compromiso.

CONSIDERANDO: Que, a tenor de lo estatuido en los artículos 1.821 y 1.815 del Código civil y 833 de la Ley procesal, las facultades de los amigables componedores están reguladas y limitadas por la voluntad de los contratantes, reflejados en la escritura de compromiso, única norma sustantiva a que deben servirse al resolver éste, sin sujeción o formas legales, y según su leal saber y entender, siempre, claro es, que se ajusten a los términos expresamente determinados en el contrato o que por una inducción de sus palabras deban reputarse comprendidos en el mismo.

CONSIDERANDO: Que como lógico postulado de la expresada doctrina y a la vista de los antecedentes expuestos, cabe afirmar que no ha incidido el laudo impugnado en las extralimitaciones que se le atribuyen en el motivo único del recurso, porque si bien los amigables componedores no están facultados, conforme a lo estatuido en el artículo 1.815 del Código civil, para decidir cuestiones no sometidas a su resolución, no es dable

entender, como pretende el recurrente, que, en este caso, haya cometido extralimitación alguna el amigable componedor, por haber designado como punto de entrega la subestación de Alcoy, en vez de la de Alcira o San Vicente; bastando, a tal fin, no olvidar que la cláusula primera de la escritura de compromiso determina, con toda claridad, que los otorgantes concedieron al amigable componedor la facultad de resolver "cuál es el punto de entrega de la energía que la Sociedad H. E. debe ceder a R. de L., conforme al contrato celebrado con el Banco U.", y como quiera que en dicho contrato no se designó nominal y concretamente el punto aludido, claro es que el amigable pudo, como lo decidió, designar, entre las subestaciones principales, la que legal, técnica y económicamente estimó que mejor defendía los intereses de entrambas Empresas, y lograba normalmente la equidistancia en el sacrificio y la reciprocidad de aquellos, a base, naturalmente, de querer cumplir el contrato; máxime cuando al decidirlo así se ajustó estrictamente a los términos explícitos de la escritura de compromiso, procurando aunar, atento a su misión, las orientaciones de la Ley, el parecer de los técnicos y los dictados de la equidad.

CONSIDERANDO: Que no discutido el texto del contrato del Banco U., ni limitados en el compromiso la misión del amigable a decidir si las entregas de energía había de realizarse por A. o S. V., es obvio que el amigable componedor se hallaba en libertad por la generalidad de las cláusulas transcritas, de elegir, conforme al contrato del Banco U. la subestación principal que, según su leal saber y entender, considerase más conveniente a la defensa de los intereses recíprocos de las dos Empresas contratantes; *sin que de contrario sea dable replicar, como lo hace el recurrente, que esa va contra la voluntad real, que es la que debe prevalecer, conforme establece esta Sala en su Sentencia de 9 de abril de 1941; en primer lugar, porque, en principio, y por regla general, debe prevalecer la voluntad declarada sobre la interna, ya que así lo exige la buena fe y la seguridad del tráfico, a menos que se acredite, evidentemente, que fue otra la intención de los contratantes; lo que no acontece en el supuesto de autos, al que, por ello, no es aplicable la decisión jurisprudencial precitada, que contempla un caso de notoria discrepancia entre la voluntad real y la declarada; en segundo término, porque la cláusula primera del compromiso en conexión con las correlativas del contrato con el Banco U. es tan explícita que, al atenerse a ella el amigable, no cabe mantener, fundadamente, la tesis de la extralimitación en que se ampara el recurso; en tercer lugar, porque a tal determinación no obsta la postura de los comprometidos en las cartas que entre ellos se cruzaron con antelación al compromiso, consignando en ellas cada parte la subestación, más conveniente a sus privativos intereses, porque es lógico presumir que si su intención hubiera sido, al inscribirlo, someter al amigable la decisión de las divergencias en forma alternativa, y a modo de dilema, fácil era expresarlo así en las escrituras de compromiso; y en definitiva, porque aunque las alegaciones de los comprometidos no obligan al amigable componedor, que, como es sabido, ha de ajustarse estrictamente a los términos de aquéllos, no está de más apuntar, como acto posterior*

en relación con la intención del recurrente, que si su pretensión inicial no se reflejó en el compromiso, tampoco persistió en la misma durante el curso de la amigable composición, ya que lo en él pretendido fué que se declarase inexistente el contrato de suministro por falta de objeto del mismo, al no estar en él preciado extremo tan fundamental, como lo es el punto de entrega de la energía eléctrica contratada.

CONSIDERANDO: Que, por último, la irregularidad procesal que se invoca, consistente en no haber comunicado a los contratantes el contenido de la aclaración pedida por el amigable componedor a los peritos señores C. y L.—sobre extremos importantes del dictamen, en relación con la designación de Alcoy como punto de entrega—, carece de trascendencia a los fines del recurso; ya que, conforme a lo prevenido en el art. 833 de la LEC., no tienen que sujetarse los amigables componedores, para dictar su fallo, a formalismos procesales, limitándose a recibir los documentos que les presenten los interesados, y a oírlos, quedando a su discreción el momento y condiciones de la audiencia, y, consiguientemente, cumplidos tales requisitos, la supuesta transgresión procesal ni implicaría exceso alguno de poder, ni puede ser causa determinante de la nulidad del fallo, que sólo cabe fundar en la extralimitación señalada en la causa tercera del art. 1.691 de la citada ley, no demostrada en el recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 29 MAYO 1951

Desahucio por falta de pago—efectos de la consignación verificada por el ocupante de hecho de la vivienda.

Aunque la sentencia hubiese adquirido firmeza, la acción queda enervada y el arrendatario no pierde el goce y disfrute del inmueble.

CONSIDERANDO: Que es un hecho reconocido y probado en los autos que han originado el presente recurso que, dictada por el Juez Municipal número cuatro de los de Barcelona, sentencia en la que, dando lugar a la acción de desahucio por falta de pago ejercitada por la propietaria de la casa sita en la calle de M., número X, de dicha población, contra don J. A., titular del contrato de arrendamiento del piso X, puerta X, de dicha casa, el ocupante de la referida vivienda, demandado en estos autos, señor C. P., al ir a efectuar el lanzamiento, consignó la cantidad adeudada, con la cual, conforme a la legislación especial sobre alquileres a la sazón vigente, quedó enervada dicha acción de desahucio, como lo reconoció el dicho Juzgado en su auto de 6 de marzo de 1947, al declarar bien hecha la aludida consignación, y frente a este hecho, la Sala de instancia, en la resolución recurrida, estima que el actor hoy recurrente, señor J. A., al dar lugar, con su falta de oposición, al pronunciamiento de dicha sentencia de desahucio y consentir su firmeza hasta el punto de llegar a su ejecución, intentándose el acto de lanza-

miento del local arrendado, quedó desvinculado de la posesión arrendaticia a que el contrato de arrendamiento que hasta entonces ostentaba le daba derecho, y por tanto, resuelto aquel contrato, perdió la acción que el artículo 1.564 de la Ley procesal civil concede para poder instar como parte legítima el juicio de desahucio contra los materialmente ocupantes de la finca objeto de aquel procedimiento, y contra esta declaración estimatoria de la falta de acción excepcionada por el demandado, único fundamento de la sentencia recurrida, que absuelve de la demanda planteada por el actor en estos autos, dirige el recurrente los dos primeros motivos de un recurso, amparados ambos en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la infracción de los arts. 1.543 del Código civil, por inaplicación, en relación con el 161 de la LAU, y la interpretación errónea del 1.564 de la Ley procesal civil.

CONSIDERANDO: Que es evidente que en nuestro ordenamiento jurídico la acción de desahucio aplicada a los contratos de arrendamiento de inmuebles tiene carácter de resolutoria y la sentencia que da lugar a ella, al adquirir firmeza, resuelve el vínculo arrendaticio existente entre las partes litigantes y hace perder al desahuciado la posesión que ostentaba en virtud de aquel contrato sobre la finca objeto del mismo; pero la legislación que desde 1920 regula con carácter especial en nuestra Patria el contrato de arrendamiento de fincas urbanas, con un declarado y laudable fin social de protección al arrendatario frente a las perturbaciones económicas, la escasez de viviendas y la consiguiente elevación de los alquileres, ha venido estableciendo progresivamente preceptos que, cuando se trata de los desahucios por falta de pago de la renta, permiten al arrendatario anular la acción entablada y sus efectos, abonando o al menos consignando el importe de sus descubiertos, primeramente al ser demandado, después antes de ser dictada y aun después de dictada, antes de ser notificada, la sentencia, y últimamente (Decreto-ley de 30 de noviembre de 1945, recogido con mejor técnica en el apartado e) del artículo 161 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), al llegar el mismo acto del lanzamiento, en plena ejecución de la sentencia, declarando que una vez efectuado el pago o consignando su importe, *la acción de desahucio quedaba enervada, con la consecuencia procesal en estas diversas etapas de suspenderse la acción judicial y archivarse las diligencias practicadas, aunque hubiese llegado, como ocurre en el último caso, a dictarse sentencia y ésta hubiera adquirido firmeza, de lo que claramente se deduce que todo lo actuado quedaba sin efecto y la situación contractual se retrotraía al momento anterior al ejercicio de la acción enervada, con beneficio del arrendatario que, puesto al corriente del pago del alquiler, veía renacer la vigencia del contrato de arrendamiento, cuya resolución se había perseguido en el litigio planteado por aquel motivo de falta de pago de la merced arrendaticia.*

CONSIDERANDO: Que al hacer aplicación al caso presente de las normas especiales que quedan indicadas, se advierte de manera notoria que la Sala de instancia ha interpretado con error los preceptos que como in-

fringido: se denuncian en los primeros motivos del recurso, porque es indudable que mediante la consignación de las rentas debidas que efectuó el hoy recurrido señor C. P. renació la vigencia del contrato de arrendamiento en beneficio del arrendatario señor J. A., y, en consecuencia, a tenor de lo que dispone el art. 1.543 del Código civil, volvió a tener el goce y uso de la cosa arrendada, y por ende, según el art. 1.564 de la Ley procesal civil, recuperó su derecho a ser parte legítima para promover el juicio de desahucio, como efectivamente lo ha efectuado al formular la demanda origen de los autos presentes, procediendo en méritos de todo lo expuesto dar lugar a la casación de la sentencia recurrida por los dos aludidos motivos primero y segundo del recurso, sin que sea de estimar la observación que pudiera hacerse de que al realizarse el hecho de la consignación de los descubiertos en 21 de enero de 1947, no se hallaba vigente el art. 161 que se dice infringido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que entró en vigor el 3 de abril del mismo año, porque si lo que materialmente se aplicó fué el Decreto-ley de 30 de noviembre de 1945, el contenido de la dicha norma era sustancialmente el mismo que se producía en el apartado e) del número 4 de la Base 12 de dicha ley especial, publicada en 31 de diciembre de 1946, antes de efectuarse la consignación, y que fué luego el citado artículo 161 de la Ley articulada que ya regía al dictarse la sentencia recurrida, y esta trayectoria de la norma durante la tramitación del pleito explica la confusión que pueda haberse producido al citar como infringido un precepto que no regía en su forma actual al utilizarse por el demandado para detener la acción ejercitada.

CONSIDERANDO: Que *acordada la casación de la sentencia recurrida por estimación de los motivos que afectan al único fundamento de la misma, no es preciso examinar los tres motivos restantes, que refieren a cuestiones que la Sala de instancia no entró a considerar, puesto que aceptada la excepción propuesta de falta de acción en el demandante, no estimó procedente dilucidar las condiciones en que el demandado ocupa el local objeto del desahucio.*

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 30 MAYO 1951

Competencia territorial—sumisión expresa—condiciones generales.

Se considera sumisión expresa el hecho de contratar de acuerdo con unas condiciones generales publicadas en el Boletín Oficial (y entre las cuales figura la sumisión a un Juzgado determinado), siempre que las partes manifiesten en el contrato conocerlas, por lo que se consideran incorporadas al mismo.

SENTENCIA 30 MAYO 1951

Adopción—requisitos—innecesidad del consentimiento del cónyuge del adoptado.

Dados los términos de redacción de los arts. 1.831 de la LEC y 174 del C. c., no puede sostenerse fundadamente que constituya requisito necesario para la validez de la adopción el consentimiento de la consorte del adoptado.

Adopción—requisitos—justificación de la conveniencia.

La conveniencia de la adopción para el adoptado constituye en cada caso un particular sometido a la apreciación del Juez, quien al autorizar aquélla no está obligado a detallar en su resolución los extremos justificativos de la conveniencia que, a su juicio, encierra la misma.

Pacto sucesorio—en escritura de adopción: normas aplicables.

El pacto sucesorio contenido en la escritura de adopción está sujeto a las normas reguladoras de los actos de disposición mortis causa, siéndole aplicable por ello el art. 767 del Código civil.

Negocios sujetos al impuesto de derechos reales: validez en caso de falta de pago.

La falta de pago de este impuesto no desvirtúa la validez y eficacia de los documentos sujetos al mismo en orden a las relaciones civiles, y únicamente da lugar a las medidas fiscales y correcciones administrativas fijadas en la ley.

ANTECEDENTES.—El administrador de unos duques, que le habían hecho legatario de sumas considerables el año 1935 en sendos testamentos, permaneció a su lado durante la dominación roja, a pesar de tener pasaporte y su familia en la zona nacional. Falleció el duque y su esposa fué aumentando en sucesivos testamentos el legado, hasta que en 1945 adoptó al administrador (casado y con hijos), obligándose a instituirle heredero universal, lo que realizó por testamento abierto en la misma fecha de la escritura de adopción. Fallecida la duquesa, los instituidos herederos en todos los testamentos anteriores—unos sobrinos en quinto grado—, basándose en el maternal cariño que por determinadas circunstancias sentía por ellos la anciana duquesa, en la desaparición de los legados piadosos repetidos en los anteriores testamentos y en ciertas palabras que el administrador pronunció el día del fallecimiento, afirman que la adopción era un recurso para que ellos tuvieran que pagar menos Derechos reales, y demandan la declaración de nulidad, por simulación, de la adopción y el testamento. La demanda fué desestimada en ambas instancias.

MOTIVOS.—Primeramente.—Al amparo del art. 1.692, 1.º, infracción del artículo 180 del Código civil y por analogía del 128 y 138, al no reconocer a los actores acción; e infracción de doctrina legal.

Segundo.—Al amparo del art. 1.692, 1.º, aplicación indebida de 178, 174, 175, 662 y 667 del Código civil; inaplicación del art. 1.261, 3.º, 1.275, 1.778 del Código civil; del 163, C. c., en relación con el 1.831 de la LEC, del 663 y 643 del Código civil; inaplicación del 1.281 y 1.282, al no admitir la simulación.

Tercero.—Al amparo del 1.692, 1.º y 7.º, infracción del art. 663 y 1.253 del Código civil.

Cuarto.—Al amparo del 1.692, 7.º, error en la apreciación de documentos.

Quinto.—Al amparo del 1.692, 7.º, error al no valorar la confesión.

Sexto.—Al amparo del 1.692, 1.º, interpretación errónea del art. 174, 4.º del Código civil, que exige por analogía consentimiento del cónyuge del adoptado; inaplicación del 179 del C. c. en relación con el 1.831 de la LEC, al no consignarse la conveniencia de la adopción.

CONSIDERANDO: Que la sentencia de instancia contiene, entre otras declaraciones, las siguientes no impugnadas por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal.

A) Durante la guerra civil, el recurrido observó con los duques de S. L. una conducta ejemplar, rayana en lo heroico, salvándoles de graves peligros y permaneciendo a su lado en la zona roja a pesar de tener él su familia en zona nacional y disponer de pasaporte para llegar a ésta última.

B) La duquesa adoptante sentía un maternal afecto por el recurrido, y en la escritura de adopción declaró que lo consideraba como un verdadero hijo, por el extraordinario comportamiento que había observado con ella y con su difunto esposo.

CONSIDERANDO: Que no obstante el criterio prohibitivo que en materia de sucesión contractual inspiran los preceptos del C. c.—y que se refleja en el art. 1.271 del mismo—, es lo cierto que dicho Código contiene diversas normas que se separan de aquel criterio, entre las que figura el artículo 177, a tenor del cual, si el adoptante se obliga a instituir heredero al adoptado, tal obligación es válida, habiendo establecido esta Sala en Sentencia de 19 de abril de 1915 que el hijo adoptivo a quien el adoptante se obligó a instituir heredero tiene derecho a heredarle abintestato en toda la herencia a falta de descendientes y ascendientes legítimos, aunque el adoptante no haya llegado a otorgar la disposición testamentaria, siguiéndose lógicamente de este precepto legal y doctrina que *el pacto sucesorio contenido en la escritura de adopción, cuya validez es objeto de la actual controversia, está sujeto a las normas reguladoras de los actos de disposición por causa de muerte, siéndole aplicable, por tanto, las reglas contenidas en el artículo 777 del C. c., según el cual la expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario se tendría por no escrita, a no ser que del testamento resulte que el otorgante no habría hecho la institución si hubiese conocido la falsedad, llegando a establecer el apartado segundo de dicho artículo que la expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita.*

CONSIDERANDO: Que las antes aludidas declaraciones de hecho del Tribunal sentenciador, en relación con el precepto legal últimamente citado, conducen a la desestimación de los motivos segundo y tercero del recurso, porque, de una parte éste no impugna aquellas declaraciones relativas a la ejemplar conducta del recurrido respecto a la testadora y al maternal afecto de la misma hacia él—causa de la adopción y de la institución de heredero—, y porque, de otra parte, aun admitiendo que tal causa no existiese y la verdadera fuese el propósito de la adoptante de conseguir en favor del adoptado una importante bonificación en el pago del impuesto de Derechos reales, como dichos motivos sostienen, tal propósito no podría determinar la nulidad de la adopción, siendo de recordar también a estos efectos la doctrina establecida por esta Sala en su Sentencia de 15 de enero de 1915, según la cual, *la falta de pago de aquel impuesto no desvirtúa la validez y eficacia de los documentos sujetos al mismo en orden a las relaciones civiles y únicamente da lugar a las medidas fiscales y correcciones administrativas fijadas en la ley*, razones todas de las que se sigue que aun no admitiendo como causa de la adopción el agradecimiento y afecto de la Duquesa de S. L. al adoptado, y dando por cierto que el fin que dicha señora se propuso fué el de liberar al mismo de cargas fiscales, siempre habría que admitir que la adopción es válida y eficaz a efectos civiles; e igualmente debe ser desestimado el motivo quinto, porque, si como en él se afirma, el recurrido reconoció que la adopción y el testamento impugnado encubren una disposición en favor de los recurrentes y tuvieron por objeto liberarles del pago de importantes cantidades que en concepto de impuesto de Derechos reales se verían obligados a satisfacer, dado su lejano parentesco con la causante, es obvio que tales alegaciones carecen de eficacia a efectos de impugnación de la sentencia, porque *no puede servir de base a un recurso de casación un motivo que favorece al recurrente, y así lo tiene declarado reiteradamente esta Sala*; ello aparte de la contradicción que se observa entre la tesis de este motivo quinto y la de los segundo y tercero, al afirmar el quinto que la simulación tenía como fin favorecer a los recurrentes y sostener los motivos segundo y tercero que con dicha simulación se pretendía beneficiar al recurrido.

CONSIDERANDO: Que la voluntad real de la Duquesa de S. L. era, según sostiene el motivo cuarto, que los sobrinos fuesen sus herederos, invocando dicho motivo en apoyo de este aserto múltiples cartas de la causante, acreditativas del cariño de la misma hacia aquéllos, así como el testamento de 5 de junio de 1944, en el que les había instituido, y señalando diversos extremos de la confesión judicial del recurrido, acreditativos también de que con posterioridad a la últimamente citada fecha no se produjo hecho alguno que pudiese determinar un cambio de voluntad de la Duquesa; pero para rechazar este motivo basta tener en cuenta la doctrina establecida por la sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 1918, en la cual se declara que *no cabe subordinar la virtualidad de un testamento a los afectos familiares por escapar éstos como sentimientos íntimos a la investigación del Juzgador, quien no puede fundar sobre los*

mismos un juicio seguro, ya que ello equivaldría a ligar la voluntad para el porvenir, con manifiesta violación del artículo 737 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que el motivo sexto de los invocados impugna la validez de la adopción fundándose en que no prestó su consentimiento a la misma la cónyuge del adoptado y en que no se consignó en el expediente judicial la conveniencia o utilidad de aquella adopción, añadiendo dicho motivo que en expedientes de tal naturaleza no puede el adoptante valerse de Procurador, como lo hizo la Duquesa de S. L., motivo al de referencia que no cabe sea estimado, porque, en primer lugar, y *dados los términos de redacción de los artículos 1.831 de la Ley procesal y 174 del Código civil, no puede sostenerse fundadamente que constituya requisito necesario para la validez de la adopción el consentimiento de la consorte del adoptado*, pues este últimamente citado precepto solamente exige el del cónyuge del adoptante y porque, además, *la conveniencia de la adopción para el adoptado constituye en cada caso un particular sometido a la apreciación del Juez, quien, al autorizar aquélla, no está obligado a detallar en su resolución los extremos justificativos de la conveniencia que, a su juicio, encierra la misma*; y en cuanto a la alegación de que en los expedientes de tal naturaleza no está permitido al adoptante valerse de Procurador, es lo cierto que el indicado motivo no señala precepto legal alguno que así lo disponga, y cuya inobservancia pudie e determinar un defecto en la adopción objeto de controversia.

CONSIDERANDO: Que desestimados los cinco motivos que han sido objeto del anterior examen, es innecesario entrar a analizar el primero de los invocados, en el que se impugna la sentencia, por negar ésta acción a los recurrentes para impugnar la adopción y el testamento objeto del litigio; y es innecesario analizarla, porque cualquiera que fuere el criterio que en cuanto al indicado particular se adoptase, no podría en el caso actual conducir a la estimación del recurso, dadas las razones expuestas en los restantes motivos del mismo, que imponen su desestimación.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 1 JUNIO 1951

Enfitéusis—consolidación del dominio: artículo 1.653 del Código civil.

El sexto grado a que se refiere este artículo debe entenderse reducido al cuarto por virtud del Decreto-Ley de 13-1-1928.

Enfitéusis en Cataluña—aplicación del art. 1.653 del Código civil.

Este artículo, que establece una causa de extinción del censo distinta de las establecidas por el Derecho de Cataluña, pero no opuesta a las mismas, ni al espíritu general de la legislación de Cataluña, ni a los prin-

cipios de la enfiteusis en dicha legislación, debe ser aplicado en concepto de Derecho supletorio.

ANTECEDENTES.—Fallecida sin herederos testamentarios ni legítimos la titular del dominio útil de una finca situada en Barcelona, el comprador de un derecho de censo (“con dominio mediano, único y prohibitivo de otro”) demanda frente al Estado la aplicación del art. 1.653 del C. c., demanda a la que dieron lugar tanto el Juzgado como la Audiencia. El Abogado del Estado interpone recurso de casación al amparo del art. 1.692, 1.º de la LEC.

MOTIVOS.—Primero.—Inaplicación de 10, 12, 14 C. c. y doctrina legal. Segundo.—Aplicación indebida del art. 1.653 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que el Código civil, por su artículo 1.653, establece una forma de readquisición del dominio pleno en los censos enfiteúticos, al disponer que a falta de herederos testamentarios, descendientes, ascendientes, cónyuge supérstite y parientes *dentro del sexto grado—hoy cuarto por virtud del Decreto-Ley de 13 de enero de 1928*—del último enfiteuta, volverá la finca al dueño directo en el estado en que se halle si no dispuso de ella el enfiteuta en otra forma, con lo cual se crea un modo de extinción del censo por consolidación, sin precedentes en nuestro Derecho histórico, excluyéndose de la herencia, en la hipótesis a que dicho artículo se refiere, la finca enfiteútica, con la finalidad de reunir los dos dominios que en los censos de tal naturaleza existen.

CONSIDERANDO: Que el mencionado precepto supone, en opinión del recurrente, una modificación o alteración en el régimen legal por que se rige la enfiteusis en Cataluña, por lo que no puede atribuírsele el carácter de norma supletoria del Derecho foral vigente en dicho territorio, *pero esta opinión no puede admitirse, porque el citado texto legal establece una nueva causa de extinción del censo enfiteúutico distinta de las establecidas por el Derecho de Cataluña, pero no opuesta a las mismas*, en cuanto no las modifica en ningún particular, sino que todas ellas subsisten íntegramente, y como no menoscaba ningún derecho de los titulares de ambos dominios el del censalista, porque produce en su favor la consolidación del pleno dominio de la finca y el del censatario, porque no impide que disponga de su dominio del modo que tenga por conveniente, por actos intervivos o mortis causa, ni afectan tampoco a los derechos sucesorios de sus parientes que tengan la condición de herederos legítimos, *y como además dicho precepto no está en pugna con el espíritu general de la legislación de Cataluña, ni con los principios que informan la enfiteusis en dicha legislación, la Sala sentenciadora aplica debidamente como derecho supletorio el repetido artículo al caso debatido y no infringe los 10, 12 y 14 del C. c. y la jurisprudencia citados en el recurso, cuya de estimación procede.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 2 JUNIO 1951

Disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Para la aplicación de la Disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no basta que el alta de la Contribución Industrial produzca efectos fiscales desde seis meses antes de 31 de diciembre de 1946, pues ello no justifica que el local se utilice desde la misma fecha.

Recurso de injusticia notoria—error en la apreciación de la prueba—clase de error invocable.

El número cuarto del artículo 173 de la LAU. se refiere al error de hecho, y no pueden considerarse infringidos por él preceptos legales.

Ejecución de la sentencia de resolución de un contrato de arrendamiento.

La consecuencia legal fundamental de un pronunciamiento en que se decreta la resolución de un contrato de arrendamiento es el desalojo de la casa arrendada por el arrendatario, y las reglas para este desalojo y el plazo para llevarlo a efecto están señalados en el procedimiento establecido para la ejecución de la sentencia, y dentro de él es el juez que la ejecuta quien, en vista de las circunstancias, determina la extensión de dicho plazo, conforme previene el art. 162 en relación con el 167 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

ANTECEDENTES.—Véase el considerando primero.

MOTIVOS.—Primero.—Al amparo del número tercero del art. 173 de la LAU, por violación de la disposición transitoria de la misma ley.

Segundo.—Amparado en la causa cuarta del mismo precepto por error en la apreciación de la prueba.

Tercero.—Amparado en la causa tercera por falta de aplicación analógica de los arts. 73 y 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Cuarto.—Amparado en la misma causa por violación de los arts. 359 y 360 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso se funda en que constituyendo los hechos declarados probados por la Sala sentenciadora un subarriendo de las características que expresa la segunda disposición transitoria de la LAU, se infringe dicha disposición al no aplicarla al caso debatido, pero los hechos que se declaran probados son que el demandado, don B. J. L., arrendatario del local de negocio objeto de autos, desde el año 1932, sin consentimiento del dueño y sin cesar en el disfrute del arrendamiento, convino con su hijo, el otro demandado, el que éste utilizase en parte dicho local, para vender los cupos de carne que como carnicero le eran asignados por la Oficina correspondiente

desde junio de 1946, a cuyo efecto se dió de alta en la Contribución en la indicada fecha, designando como lugar del ejercicio de dicha industria el referido local de autos, sin que conste se haya dado de baja, pero estos hechos no implican necesariamente un subarriendo, sino que pueden constituir una cesión parcial de un local de negocio, como reconoce la sentencia recurrida, y a esta figura jurídica le sería inaplicable la disposición citada, y aun en el supuesto de que constituyeran un subarriendo, tampoco podría aplicarse dicho texto legal, que exige que el subarriendo se haya celebrado con seis meses de antelación al 1.º de octubre de 1946, y en el caso presente, según la sentencia recurrida, el demandado, P. J., hijo del arrendatario, B. J., utilizó el local para vender los cupos de carne que le eran asignados desde junio de 1946 y no desde 1.º de abril anterior, como afirma el recurrente, porque aunque el alta de la contribución produjera efectos fiscales desde esta última fecha, primer día del trimestre en que se causó el alta, ello no justifica que el local se utilizara desde la misma fecha, y aunque la Sala sentenciadora afirme que los demandados, que no suscitaron tal cuestión en la primera instancia del juicio, pudieran haberse acogido a la segunda disposición transitoria, y para ello hubieran encontrado apoyo en la documentación presentada por el actor, en cuanto pretende acreditar que el cesionario se dió de alta en la Contribución a partir del 1.º de abril de 1946, con esta manifestación la Sala de instancia se limita a indicar la posibilidad de una excepción que pudo alegarse y no se alegó por los demandados, pero no constituye tal manifestación la declaración de un hecho probado del que se derive la existencia de un subarriendo vigente desde 1.º de abril de 1946, como pretende el recurrente, y, esto sentado, ya constituye la relación jurídica establecida entre los demandados un subarriendo o una cesión parciales de local de negocio, la resolución del contrato de arrendamiento procede, de conformidad con lo dispuesto en la legislación aplicable cuando tal relación se constituyó, que era el artículo quinto, letra D) del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y el noveno del de 21 de enero de 1936, disposiciones que exigían el consentimiento del arrendador para la validez de las expresadas relaciones jurídicas, con la salvedad a que la última de dichas disposiciones se refiere en su apartado a).

CONSIDERANDO: Que el artículo 173 de la LAU. incluye como una de las causas que dan lugar al recurso de injusticia notoria, el manifiesto error en la apreciación de la prueba acreditado por la documental o pericial que obre en los autos—causa cuarta—, de cuyo término se infiere que el error a que dicha causa alude es el error de hecho, ya que es el contenido de un documento o de un informe pericial el que tiene que servirle de base y no el error de derecho, que necesita fundarse en la infracción de una norma determinante del valor legal de una prueba, y como el error que el recurrente atribuye a la sentencia recurrida, en el segundo motivo del recurso, lo funda en haber dado dicha sentencia valor probatorio a los documentos que el actor acompañó a su demanda, no obstante la impugnación de los demandados a dichos documentos y

su falta de cotejo, con lo que se infringieron, según dicha parte, los artículos 1.218 en relación con el 1.220 del C. c. y 597 de la LEC, resulta que lo que el recurrente denuncia es un error de derecho que intenta ampararse en la citada causa cuarta y que hay que desestimar por las razones expuestas, siendo también desestimables el error de hecho, que asimismo denuncia, porque ni la certificación de la Administración de Rentas Públicas, relativa al alta de la Contribución, antes aludida, ni la del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de P., acreditativa de que con anterioridad al 7 de julio de 1948 los demandados recibían cupos de carne, justifica lo que el recurrente pretende, a saber, la existencia de un contrato de subarriendo vigente desde 1.º de abril de 1946.

CONSIDERANDO: Que el tercer motivo del recurso se ampara en la causa tercera del artículo 173 de la LAU, por entender el recurrente que no habiendo sustituido el demandado P. J. a su padre B. J. en el disfrute ni total ni parcial del local de negocio, ya que se limitó a ser un mero cooperador de su padre en el ejercicio del negocio a que éste se dedicaba y del que era su único titular, al no entenderlo así la Sala sentenciadora y declarar la resolución del contrato de arrendamiento partiendo de un subarriendo o cesión que no existían, infringe los preceptos reguladores de dicha resolución y la jurisprudencia a ello relativa, pero al discurrir así el recurrente, trata de sustituir su personal criterio por el más autorizado de la Sala, quien, por el resultado de la prueba, afirma los hechos que han quedado expuestos, constitutivos del subarriendo o cesión que sirven de base a la resolución del contrato de arrendamiento y que solamente pueden ser impugnados eficazmente al amparo de la causa cuarta del art. 173 de la repetida ley.

CONSIDERANDO: Que si bien en la demanda se suplicó únicamente la resolución del contrato de arrendamiento celebrado entre la parte actora y el demandado don B. J., y en la sentencia recurrida, además de otorgarse dicha resolución, se deja para el período de ejecución de sentencia la fijación de todo lo referente a las consecuencias legales de esa declaración, no puede afirmarse a ello con el recurrente que la sentencia sea incongruente con la petición deducida en la demanda por otorgar más de lo pedido, porque la consecuencia legal fundamental de un pronunciamiento en que se decreta la resolución de un contrato de arrendamiento es el desalojo de la cosa arrendada por el arrendatario, y las reglas para este desalojo y el plazo para llevarlo a efecto están señalados en el procedimiento establecido para la ejecución de la sentencia, y dentro de él es el Juez que la ejecuta quien en vista de las circunstancias determina la extensión de dicho plazo, conforme previene el artículo 172 en relación con el 176 de la LAU, por lo que procede también desestimar el cuarto motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 2 JUNIO 1951

Recurso de injusticia notoria—error en la apreciación de la prueba—prueba pericial alegable.

El criterio sustentado, en un informe desconocido, por un Arquitecto, cuyo nombre, circunstancias personales y motivo de su intervención, tampoco se consignan, carece de valor para acreditar, como pretende el recurrente, error manifiesto en la apreciación de la prueba.

ANTECEDENTES.—El actor trata de ejercitar un retracto urbano, en relación con una nave y unos terrenos que tiene arrendados y que forman parte de una finca, que en su totalidad ha sido enajenada a los demandados, pretendiendo demostrar que aquélla es independiente de esta última.

MOTIVOS.—Primero.—Basado en el número 4.º del art. 173 de la LAU. Segundo.—Basado en el número 3.º del art. 173 de la LAU.

CONSIDERANDO: Que la certificación del Secretario del Ayuntamiento de M. (folios 124 y 125, y 161 y 162 de los autos de Primera instancia), no constituye prueba pericial tal como, para la eficacia de ésta, se regula en la LEC, y la referencia al criterio que dice sustentado en un informe desconocido, por un Arquitecto cuyo nombre, circunstancias personales y motivo de su intervención tampoco se consignan, carece de valor para acreditar, como pretende el recurrente, error *manifiesto* en la apreciación de la prueba hecha en la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que ni lo demás de dicha certificación, ni el oficio del Arquitecto Jefe del Servicio de Valoración Urbana de la provincia de M. (folio 122 de autos), acreditan tampoco error alguno en la apreciación indicada, ya que la primera se refiere a licencias de apertura de establecimientos en la finca, numeración administrativamente asignada a la misma y pago de arbitrios, nada de lo cual acredita haber tres fincas y no una sola, y el oficio dice que de los antecedentes que existen en los Archivos del Servicio de Valoración Urbana resulta amillarada la finca en cuestión "como una sola finca urbana que contiene tres locales distintos", que es precisamente lo que afirma la sentencia recurrida y lo contrario del supuesto fundamental del recurso, de lo que se deduce su improcedencia por la primera causa.

CONSIDERANDO: Que también es improcedente por la segunda, que tiene su base en el supuesto de tratarse de tres fincas, contrario al de la sentencia recurrida, de ser una sola, con más de un arrendatario, la que es objeto del pleito.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 2 JUNIO 1951

Obligaciones del arrendador—reparaciones.

La norma contenida en los arts. 150 y 151 LAU y 1.554 del Código civil, faculta a los inquilinos para exigirlos, no sólo las necesarias para el uso y disfrute de la cosa arrendada, cualquiera que sean sus deficiencias, sino para que éstos se efectúen completa y adecuadamente, en las condiciones precisas para evitar toda incomodidad o riesgo a los arrendatarios.

Emplazamiento defectuoso.

Cualesquiera que hayan sido los defectos del emplazamiento, si la persona así emplazada se hubiere dado por enterada en el juicio, surtirá desde entonces todos sus efectos.

Acumulación—principio de economía procesal.

Con mayor razón debe estimarse procedente cuando se apoya en el citado principio, que es su esencial finalidad.

Recurso de injusticia notoria—quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio—falta de personalidad del procurador.

Por constituir un quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, debe articularse al amparo de la causa 2.^a, art. 173 LAU.

Recurso de injusticia notoria—error en la apreciación de la prueba—clase de error invocable.

Es, según reiterada jurisprudencia, el error de hecho, siempre que sea manifiesto y se acredite por la documental o pericial que obra en autos, y, por lo tanto, no cabe denunciar al amparo de tal causa la infracción del art. 1.232 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que, cuando la acción arrendaticia no se fundamenta en derechos reconocidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos, el litigio deberá sustanciarse conforme a lo dispuesto en las leyes procesales comunes, a tenor de lo estatuido en el artículo 181 de la citada ley, es también incuestionable que el fallo recurrido no incide en la infracción de dicho precepto, invocada en el motivo primero del recurso, por cuanto la pretensión originaria de la demanda se basa únicamente en el derecho que a los inquilinos o arrendatarios concedan los artículos 150 y 151 del referido ordenamiento legal para

exigir del arrendador la ejecución de las reparaciones necesarias, a fin de conservar la vivienda o local de negocio en estado de servir para lo pactado en el contrato.

CONSIDERANDO: Que para la estimación del segundo motivo, fundado en la causa cuarta del artículo 173 de la citada ley, es requisito indispensable que el manifiesto error del juzgador, en la apreciación de la prueba, se acredite por la documental o pericial que obre en los autos; y como quiera que la Sala sentenciadora afirma que los demandantes señores A. y V. figuran como contribuyentes por industrial, tienen su domicilio comercial en la casa de la demandada, y el contrato del primero tuvo por objeto establecer en el local arrendado un comercio de librería, es visto que ha demostrado el error que se denuncia, tampoco puede prosperar ese motivo.

CONSIDERANDO: Que es consecuencia necesaria del anterior, la improcedencia de las causas de impugnación tercera y cuarta; en cuanto a la tercera, porque se apoya en la infracción del art. 160 de propia ley, que sólo sería aplicable prescindiendo de los supuestos de hecho que la sentencia acepta, y partiendo de otros contrarios y distintos, o sea, que la acción ejercitada no afectase a un local de negocio o vivienda en la cual el inquilino ejerza profesión por la que satisfaga contribución industrial; y en cuanto a la cuarta, porque tampoco ha cometido el Tribunal de instancia la infracción de lo preceptuado en los arts. 154, 155 y 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; ya que, para estimar procedente la acumulación de acciones combatida, se basa el juzgador en la excepción que, al número tercero del artículo 154, se establece en el 155; *con tanto mayor motivo en el presente caso, en que la acumulación se apoya en el principio de economía procesal, que es su esencial finalidad, tendente a evitar que, tratándose de una misma causa de pedir, llegaran a dictarse, de seguirse procedimientos diferentes para la actuación de acciones que no son incompatibles, fallos contradictorios sobre la obligación del arrendador de ejecutar unas obras de reparación que afectan por igual a todos los inquilinos, y cuya realización parcial sería notoriamente insuficiente para el cumplimiento de los fines comunes por aquéllos perseguidos.*

CONSIDERANDO: Que la falta de personalidad en el Procurador que haya representando a alguna de las partes, por referirse al quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, debe articularse al amparo de la causa segunda del repetido artículo 163; pero como el recurrente se limita a fundamentarla en la cuarta, combatiendo el alcance que da el juzgador a las escrituras de mandato acompañadas a la demanda, sin aducir norma alguna relativa a la falsa interpretación, bastaría tal acusación para desestimar el motivo quinto, si no le abonase también la inexistencia del error que se trata de evidenciar, por lo mismo que si el poder se otorga en nombre de los inquilinos, cuantos ostenten tal condición es obvio que se encuentran implícitamente comprendidos en la escritura de mandato, como asevera la Sala sentenciadora.

CONSIDERANDO: Que cualesquiera que sean los defectos cometidos en un emplazamiento, si la persona, así emplazada, se hubiere dado por en-

terada en el juicio, surtirá desde entonces la diligencia todos sus efectos como si se hubiere hecho con arreglo a las disposiciones de la Ley; y, consiguientemente, al desestimar el fallo recurrido la excepción de nulidad del emplazamiento hecho a la enmienda, por entender que con la comparecencia de su Procurador quedaron subsanadas las deficiencias de aquél, lejos de incurrir en la infracción de los artículos 264 y 279 de la Ley procesal, las interpretó y aplicó con acertado criterio jurídico.

CONSIDERANDO: Que para rechazar el motivo séptimo, amparado en la causa cuarta del repetido artículo 163, basta no olvidar que *el error en la apreciación de la prueba, a que aquella se refiere, es, como tiene reiteradamente proclamada esta Sala, el del hecho, siempre que éste sea manifiesto y se acredite por la documental o pericial que obra en los autos; y, por lo tanto, es visto que no cabe denunciar, al amparo de tal causa, la infracción del artículo 1.232 del Código civil, relativo a la valoración de la prueba de confesión judicial.*

CONSIDERANDO: Que, afirmado, en exacta síntesis, por el Tribunal de instancia, que la cosa arrendada acusa desperfecto notorio y que la hace inservible para el fin pactado en el contrato, es llano que al condenar la sentencia recurrida al arrendador, obligándole a efectuar las reparaciones necesarias para conservarla en estado de servir al uso a que fué destinada, tampoco ha incurrido en la infracción de los artículos 150 y 151 de la Ley de Arrendamientos, ni en la del 1.554 del Código civil, que se denuncia en el motivo octavo; *ya que tales normas facultan al inquilino para exigir que se realicen las reparaciones indicadas, no sólo, como pretende el recurso, para el uso y disfrute de la cosa arrendada, cualquiera que sean sus deficiencias, sino para que éstos se efectúen completa y adecuadamente en las condiciones precisas a evitar toda incomodidad o riesgo a los arrendatarios.*

CONSIDERANDO: Que procede, por último, desestimar el motivo noveno, apoyado en la causa cuarta del artículo 173, por ser inexacto que el apeo practicado a instancia de los inquilinos, como consecuencia del interdicto de obra ruinoso por éstos promovido, permita el uso y disfrute de la finca arrendada, sin riesgo ni incomodidad; por cuanto del propio documento con que se pretende demostrar el error del juzgador, se deduce el acierto de éste al apreciar la prueba, y acordar las reparaciones precisas; ya que al estimar el Perito la urgente realización del apeo de los muros se cuida muy bien de hacer constar que, tal medida, es de carácter meramente provisional, para prevenir, de una manera interina, mayores daños, sin que el peligro desaparezca definitivamente hasta que se realicen las obras de consolidación y reparación necesarias, y se lleven a cabo los recalles correspondientes, con puntos de nueva fabricación.

CONSIDERANDO: Que el depósito de 5.000 pesetas, hecho *ad cautelam*, es el procedente, conforme a lo establecido en los artículos 174 y 177 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, porque la renta anual del inmueble, que satisfacen los demandantes, excede de 10.000 pesetas, que el recurrente debe perder al declararse no haber lugar al recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 5 JUNIO 1951

Contrato de opción—sustantividad.

La opción de compra nace a la vida formal del Derecho, unas veces como negocio principal y único, otras, como pacto incorporado a contrato diferente, y alguna vez como derivación de otro negocio que le sirve de antecedentes o motivo y al que queda ligado por razón de su origen pero en todo caso mantiene su fisonomía jurídica propia como contrato preparatorio.

Contrato de opción—distinción con el arrendamiento que le sirve de antecedente—repercusión de la cesión del arrendamiento.

ANTECEDENTES.—En 1933 el dueño de una finca la arrendó a una persona durante once años, prorrogables por otros seis; en la misma fecha y por documento distinto, el dueño concedió al arrendatario un derecho de opción de compra sobre la finca arrendada por el precio de 185.000 pesetas, durante los once años del arrendamiento, sin aludirse a la prórroga; en 1937, el arrendatario firmó con un tercero un contrato que calificaron de subarriendo, en que el primero cedía al segundo todos sus derechos de arrendatario, estipulándose el pago al primero de una renta anual superior a la pactada en el primitivo arrendamiento, prohibiéndose el nuevo subarriendo sin autorización del arrendatario, y por duración de siete años, prorrogables por otros seis; el subarrendatario, a partir del segundo año de vigencia de su contrato, pagó al dueño directamente la parte de renta que equivalía a la del primitivo arrendamiento y al subarrendador el resto, y con el dueño se entendió para las obras que se habían de hacer en la finca. En 1942, el arrendatario notificó al dueño su propósito de ejercitar la opción; el dueño no accedió y, poco después, vendió la finca al subarrendatario por 310.000 pesetas. El arrendatario interpuso demanda pidiendo la resolución del contrato de opción y la indemnización de perjuicios, que cifraba en 125.000 pesetas, diferencia entre el precio estipulado en el contrato de opción y el valor actual de la finca, resultante del de la venta realizada. En primera instancia se estimó la demanda. En segunda, se revocó la sentencia apelada. El actor interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero.—Violación de los arts. 1.091, 1.101, 1.107, párrafo 2.º, 1.124, 1.162 y 1.209 del Código civil, interpretación errónea de la doctrina legal referente al contrato de opción en relación con el art. 1.274 del Código civil y de la doctrina legal sobre causa y sobre distinción entre subarriendo y cesión de arrendamiento, en relación con el art. 1.550 del Código civil; violación y aplicación indebida de los artículos 1.281, 1.282, 1.283 y 1.285 del Código civil: la Sala yerra al considerar el contrato de opción como ligado al arrendamiento por relación de efecto a causa, y al estimar que el contrato de 1937 fué cesión de arrendamiento en lugar de subarriendo.

Segundo.—Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDO: Que, dados estos antecedentes *de facto*, todo el problema jurídico discutido en el pleito se concreta a dilucidar la calificación que en Derecho proceda asignar a lo convenido en el año 1933 sobre

arriendo y opción de compra, y, más fundamentalmente, a precisar si la transferencia efectuada en el año 1937 constituye cesión de los derechos de arriendo y opción o solamente subarriendo, pues si, como estima la sentencia recurrida, lo concertado en 1933 constituye una sola vinculación con dos pactos complementarios de separación imposible, aunque con doble causa contractual, y lo estipulado en el año 1937 fué una cesión de todos los derechos y obligaciones del optante y arrendatario, el demandante carecería de legitimación activa en el proceso en que actúa como titular del derecho de opción, y, por el contrario, según propugna el recurrente, si son contratos distintos el arriendo y la opción de compra, y el contrato celebrado en 1937 es de subarriendo y no de cesión de arriendo y opción de compra, el incumplimiento culposo de la obligación de vender la finca al actor-optante determinaría la indemnización que ha solicitado.

CONSIDERANDO: Que *la opción de compra nace a la vida formal del Derecho, unas veces como negocio principal y único, otras, como pacto incorporado a contrato diferente, y alguna vez, como derivación de otro negocio que le sirve de antecedente o motivo, y al que queda ligado por razón de su origen, pero en todo caso mantiene su fisonomía jurídica propia como contrato preparatorio, que a falta de regulación típica especial en nuestra legislación, que sólo lo menciona a efectos hipotecarios—artículo 14 del Reglamento—y a efectos del Impuesto de Derechos Reales—artículo 9.º, número 13—, le son aplicables en la esfera civil las normas generales de la contratación, por lo que habiendo sido concedida al actor la opción directa de compra de una finca, en consideración a que era arrendatario de ella, el arriendo y la opción no se fundan en vinculación única, sino que constituyen dos figuras jurídicas distintas, aunque entrelazadas, puesto que distinta es la causa, tanto en un sentido subjetivo, como en el objetivo, no confundible con el móvil que guía a una de las partes sin elevarlo a condición o a finalidad del contrato; distinto es el contenido de la opción y el del arriendo—prohibición de vender a otro, en el primer caso, si se constituye como derecho de crédito, y cesión de goce o uso en el último—; distinto el tracto de prestación, único en la opción, sucesivo en el arriendo; distinta la facultad legitimadora de vender y arrendar, y distinta, en fin, la duración de los contratos en el caso litigioso—once años sin prórroga concertada en el de opción y once años susceptibles de prórroga por otros seis en el de arrendamiento.*

CONSIDERANDO: Que si, pues, son distintas, aunque ligadas por su origen, las vinculaciones producidas por los negocios celebrados en el año 1933, no hay posibilidad de entender, como entiende la Sala sentenciadora, que en el año 1937 se hayan transferido al señor M. C., juntamente con los derechos y obligaciones que le asistían como arrendatario, los derechos y obligaciones dimanantes de la opción, puesto que en dicho contrato se alude única y exclusivamente a los derechos del arrendatario y al contrato de arrendamiento, y *para que surgiese válidamente la subrogación en los derechos y obligaciones de la opción de compra, sería precisa una estipulación expresa a este respecto, de conformidad con lo*

dispuesto en los artículos 1.204 y 1.209 del Código civil, salvo los casos de excepción del 1.120, que no se dan en el de autos; pero lo que no debiera ofrecer duda en este mismo sentido es que la interpretación literal y lógica de lo convenido en el año 1937 conduce evidentemente a calificar aquel contrato de subarriendo y no de cesión de la opción de compra, pues, aparte de que los interesados lo calificaron de subarriendo y al arrendamiento exclusivamente se refirieron, bastaría tener en cuenta que por virtud de la cesión habría de quedar eliminado el cedente de los derechos y obligaciones del arrendamiento y opción de compra, surgiendo nueva relación jurídica entre el cesionario y el arrendador-promitente tan sólo, y es lo cierto que lo pactado en dicho contrato fué que el señor M. C. pagaría en el domicilio del señor M. A. no solamente el precio originario del arriendo, sino también un sobreprecio arrendaticio, que este último, como subarrendador, habría de percibir anualmente, y este hecho, prescindiendo de otros de más secundaria significación, llevaría a concluir que el señor M. A. no quedó desplazado de la relación arrendaticia, en la que se mantuvo también en su cualidad de optante, sin que en contrario tenga transcendencia alguna la circunstancia, acogida como muy relevante por el Tribunal *a quo*, de que el señor M. C. se haya entendido directamente con el propietario-arrendador de la finca para llevar a ella energía eléctrica, lo que, en concepto de mejora, podría determinar el ejercicio de acción distinta de la que corresponde al titular de la opción.

CONSIDERANDO: Que el hecho de que el señor M. C. haya adquirido la finca arrendada por el precio de 310.000 pesetas persuade aún más de que no actuó como titular de la opción de compra, que, en su caso, le conferiría derecho a adquirirla por 185.000 pesetas, sin que la diferencia de precio pueda justificarse por la circunstancia de no haber sido pagado totalmente en el acto de la venta, puesto que el aplazamiento tuvo su compensación pecuniaria en la estipulación de un interés del 4 por 100 de la suma aplazada, ni tienen tampoco significación jurídica a este respecto las alegaciones referentes a la desvalorización de moneda y revalorización de la propiedad rústica en el año 1942, con relación al año de 1933, pues estos eventos podrían entrar en juego únicamente por la virtualidad de la cláusula *rebus sic stantibus*, de la que nadie ha tratado en este pleito por vía procesal adecuada.

CONSIDERANDO: Que, por lo expuesto, ha incidido la Sala de instancia en error de interpretación de los contratos celebrados en los años 1933 y 1937, con infracción de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil e infracción también de los artículos 1.274, 1.551 y 1.101, del mismo Código, según se denuncia en el primer motivo del recurso, por lo que procede casar la sentencia recurrida, sin necesidad procesal de examinar el motivo segunde.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 6 JUNIO 1951

Incongruencia—concepto.

El concepto de incongruencia procesal, definido de manera conocida y reiterada por la doctrina legal, se reduce en su expresión más sencilla a la discrepancia o falta de adecuación que resulte entre las pretensiones deducidas por las partes, con más su razón de pedir y la resolución acordada por el juzgador.

Incongruencia—modificación de la pretensión verificada en el escrito de conclusiones.

Estimada la renuncia a un pedimento en dicho escrito, no incurre en incongruencia la sentencia que no da lugar a él.

CONSIDERANDO: Que el concepto de incongruencia procesal definido de manera conocida y reiterada por la doctrina de esta Sala, se reduce en su expresión más sencilla a la discrepancia o falta de adecuación que resulte entre las pretensiones deducidas por las partes con más su razón de pedir y la resolución acordada por el juzgador, y como según aparece acreditado en los autos origen del presente recurso el actor, hoy recurrente, alegando que entre él y el demandado existió una sociedad irregular en la que se había pactado la división de los beneficios por mitad, solicitó en la súplica de su demanda que se condenase al demandado al pago de 32.313,65 pesetas, cantidad que estimaba ser la mitad de las ganancias obtenidas y percibidas en el negocio, y aquella otra cantidad que según la prueba resultase ser la mitad de los beneficios pendientes de cobro; la sentencia de primera instancia otorgó una cantidad, menor que la pedida, como resultado de la apreciación de la prueba por el primer concepto y otra por el segundo, y la sentencia de la Audiencia, de la que recurre, concedió al actor una cantidad como mitad de los beneficios percibidos, inferior a la otorgada por el Juez por rectificación de concepto y diferente estimación de la prueba, no pronunciando condena por la parte de ganancias pendientes de cobro, porque estimó que el actor, manifestando expresamente que no aparecía probado en autos que el demandado hubiera hecho efectivos los créditos pendientes, *prescindió de solicitarlas en sus conclusiones*, claramente resulta que si el actor pidió su parte de beneficios obtenidos en la Sociedad y la sentencia le concede por razón de su alegado derecho como socio la cantidad que estima ser la mitad de la que, según se deduce de la prueba, constituye el beneficio obtenido en el negocio, no cabe tachar a la resolución recurrida de incongruente y procede desestimar el único motivo del recurso, que, al amparo del número segundo del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, denunciada dicha causa de casación.

CONSIDERANDO: Que al formular el recurrente el único motivo de ca-

sación que antes ha sido examinado plantea como cuestión aneja la de la eficacia de las modificaciones que respecto a la cuestión sometida a la decisión judicial puedan efectuar las partes en sus escritos de conclusiones, tomando pretexto de ciertas frases que en un Considerando de la Sala de instancia se consigna al decir: "el actor, en su escrito de conclusiones, a modo de desistimiento, manifiesta que no hace cargo al demandado de los créditos no cobrados, por no resultar probado que hubiera hecho efectivas cantidades concretas", por lo cual, sin duda, prescinde de estos conceptos al reproducir su súplica de condena; pero si se examina bien el sentido de este razonamiento, claramente se advierte que la palabra "desistimiento" no está empleada en el concepto técnico jurídico con que usualmente se utiliza de desistimiento de la acción, en el cual, como acertadamente indica el recurrente se halla sujeta su eficacia a determinados requisitos procesales, sino que lo que la Sala de instancia quiso expresar fué que se había efectuado una renuncia de algo no justificadamente pedido, la cual, a lo largo del litigio puede hacer el litigante antes de dictarse la sentencia en cualquier trámite, como en el caso presente, se realizó en el escrito de conclusiones, con el efecto, que si pudo pasar inadvertido al Juzgado, fué acertadamente recogido por el Tribunal a quo, sin infringir por ello el artículo 670 de la Ley procesal, que por la claridad de sus términos hace innecesaria su interpretación.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 6 JUNIO 1951

Casación por infracción de ley—requisitos—alegación de las normas infringidas y del concepto de la infracción.

Para que el Tribunal pueda ejercer su función correctora y dentro siempre del carácter de rogada de la jurisdicción civil, han de señalarse, de modo concreto y preciso, sin apoyarse en fundamentos hipotéticos o dubitativos, las transgresiones de preceptos o doctrinas legales en que la Sala de instancia incurrió, a juicio del recurrente, al dictar su resolución sobre el litigio sometido a su conocimiento, expresando con claridad la ley, en su norma concreta o, la doctrina legal que hayan sido infringidas y el concepto en que lo fueron, requisitos éstos de forma, cuya omisión puede dar lugar a la inadmisión del recurso formulado.

ANTECEDENTES.—El actor es propietario de un solar que tiene arrendado al demandado, en el cual, este último, ha levantado algunas construcciones de carácter provisional y lo viene dedicando al ejercicio de una industria, pero a pesar de todo ello, no ha perdido el carácter de solar, de cuyo modo expresamente figura en el contrato de arrendamiento suscrita a tal efecto.

MOTIVOS.—Primeramente.—Comprendido en el número 1.º del art. 1.692 de la LEC, porque el fallo ha violado, interpretado erróneamente o aplica-

do indebidamente, las leyes o doctrinas legales siguientes: principio de derecho de que "a nadie es lícito ir contra sus propios actos"; art. 1.º en relación con el 10 y 14, todos ellos de la LAU.; art. 1.º de la ley de Ordenación de Solares; párrafo 2.º del art. 1.581 del C. c.; arts. 13, 70 y 175 de la LAU, y causa 1.ª del art. 1.569 del Código civil.

Segundo—Comprendido en el número 5.º del art. 1.692 de la LEC, porque el fallo es contrario a la cosa juzgada, habiéndose alegado esta excepción en el juicio.

Tercero.—Comprendido en el número 7.º del art. 1.692 de la LEC, porque en la apreciación hubo error de derecho y de hecho, resultando este último de documentos o actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador.

CONSIDERANDO: Que al examinar el primer motivo del recurso, lo que al momento se advierte es una notoria inobservancia formal en extremo recusable, como es el presentar las infracciones que se denuncian en una forma alternativa, ofreciendo a la consideración del Tribunal algunas de ellas por si las anteriormente denunciadas estuvieran desprovistas de eficacia, y este inadmisiblemente proceder, además de revelar notoria falta de convicción en el recurrente acerca de la realidad de las infracciones que denuncia, contradice el principio básico de la casación, deducido de la propia naturaleza de esta institución jurídica o procesal, según el cual, para que el Tribunal pueda ejercer su función correctora y dentro siempre del carácter de rogada de la jurisdicción civil, han de señalarse de modo concreto y preciso, sin apoyarse en fundamentos hipotéticos o dubitativos, las transgresiones de preceptos o doctrinas legales en que la Sala de instancia incurrió, a juicio del recurrente, al dictar su resolución sobre el litigio sometido a su conocimiento, expresando con claridad la ley, en su norma concreta, o la doctrina legal que hayan sido infringidas y el concepto en que lo fueran, requisitos éstos de forma cuya omisión puede dar lugar a la inadmisión del recurso formulado, porque la jurisprudencia los ha estimado esenciales en consiguiente armonía, sin duda, con aquella claridad y precisión que exige en los artículos 524 y 528 la Ley procesal civil para determinar concretamente en los escritos fundamentales del pleito la cuestión litigiosa sobre la cual está llamado a pronunciar su juicio el Tribunal para que su decisión sea congruente, directrices, tanto aquéllas como éstas, del procedimiento que los litigantes elidían con frecuencia y cuya observancia este T. S. tiene la misión de exigir en todo momento.

CONSIDERANDO: Que, pasado por alto el defecto procesal anteriormente comentado, en el primer motivo del recurso colocado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, se denuncian varias y muy diversas infracciones, que salvada su confusa exposición, se refieren a dos cuestiones determinadas: una, la relativa a la competencia de jurisdicción, y la otra, referente a la calificación jurídica de la cosa arrendada, que hace aplicable al desahucio discutido la legislación común, y en cuanto a la primera, fácilmente se advierte que resulta improcedente la impugnación que se formula, porque el defecto o exceso de jurisdicción que el recurrente acusa al estimar que debió conocer del litigio órgano jurisdiccional distinto en grado al que conoció del mismo, debió este punto ve-

nir a casación por la vía del número 6.º del art. 1.692, ya que de ser cierta la infracción cometida, se trata de una falta con acusado matiz de vicio *in procedendo*, que (aunque) situada por nuestro ordenamiento jurídico procesal entre los casos de infracción de ley tiene su característica y cauce propio y no puede en forma alguna ser apoyada en el número 1.º de la citada norma procesal, como en este motivo se hace, y por lo que respecta a la calificación jurídica del local arrendado, no se impugna con eficacia el razonamiento del Tribunal *a quo*, que apoyado principalmente en el examen del contrato de arrendamiento y en el reconocimiento judicial, afirma que lo arrendado fué un solar, con las consecuencias jurídicas de tal declaración en relación con la legislación aplicable, y como el recurrente no ataca los fundamentos de dicha declaración, hay que considerarla subsistente, sin que exista tampoco la infracción de los artículos que se citan de la Ley de 15 de mayo de 1945 sobre ordenación de solares, porque la Sala de instancia no utilizó dicha ley como fundamento de su fallo, sino para presentar una definición legal de concepto de solar, que por otra parte, a efectos de la legislación sobre alquileres urbanos está reiteradamente expuesto por la jurisprudencia y encaja perfectamente en el caso ahora debatido, y resulta también intrascendente la alusión a los actos propios del actor, que no han tenido influencia en la decisión recurrida y que en otro respecto, al invocarse en casación la infracción de este principio de irrevocabilidad de los actos propios sin cita de la jurisprudencia que lo ampara, se hace procesalmente inadmisibles, resultando de todo lo expuesto, que fuera de debate la cuestión sobre competencia jurisdiccional, por la razón procesal que se expresa, y subsistente la calificación jurídica de la cosa arrendada, no se han cometido las infracciones que se denuncian y procede la desestimación del primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que debe también ser rechazado el motivo segundo del recurso, que al amparo del número 5.º del art. 1.692 de la Ley procesal civil acusa al fallo recurrido de ser contrario a la cosa juzgada, porque aparte de que esta excepción no se alegó como tal en la contestación a la demanda, y basta para ello examinar los términos de la súplica de aquélla, que es el lugar en que para producir sus efectos debió consignarse, y esto sólo bastaría para hacer ineficaz el motivo, ya que es requisito exigido concretamente en la enunciación de ese número 5.º de la norma procesal citada, la cuestión juzgada a que se refiere el recurrente y a la que ciertamente aludió en su exposición de hecho, es un expediente de consignación de rentas que, ni por su naturaleza, ni por la forma de su tramitación, puede ser comprendido en las prescripciones del art. 1.252 del Código civil, con la identidad de personas, cosas y causa de pedir que dicho precepto exige.

CONSIDERANDO: Que al amparo del número 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se formula el tercero y último motivo del recurso, denunciándose en él haber incurrido la Sala de instancia en error de derecho y de hecho, al apreciar la prueba, y como para acreditar el cometido error de derecho no se cita como infringida norma alguna re-

ferente a la valoración de la prueba, requisito esencial para que tenga viabilidad esta acusación, y los documentos auténticos que para justificar el error de hecho se aducen son el contrato de arrendamiento, que por ser el documento discutido no puede hacer prueba de sí mismo, y el acta de reconocimiento judicial, que aun no teniendo carácter de auténtica a efectos de casación no dice nada contrario a lo que el juzgador afirmó, y por tanto no prueba su evidente error, ha de concluirse que no existen los errores que se dicen cometidos y procedo la desestimación de este tercero y último motivo, y con él el recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 6 JUNIO 1951

Enriquecimiento sin causa: alegación del 1.902 Código civil.

La sentencia que declara la existencia de enriquecimiento injusto no es susceptible de casación fundada en la ausencia de culpa, aunque citase a título de enlace con dicha teoría el art. 1.902 del Código civil.

Enriquecimiento sin causa—concepto: buena fe.

La teoría del enriquecimiento injusto no se basa en la existencia de mala fe, sino en el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, es decir, sin causa o sin derecho, lo que es compatible con la buena fe.

ANTECEDENTES.—Un ex-arrendatario hace prosperar un interdicto de recobrar la posesión de cierta finca. Apelada la sentencia, fué revocada por la Audiencia. Los propietarios pretenden, en juicio ordinario, una indemnización por los perjuicios—imposibilidad de cumplir un contrato de arrendamiento con otra persona—que derivaron de la ocupación de la finca por aquél, durante algunos meses, a consecuencia del interdicto. En ambas instancias se da lugar a la demanda (salvo la cuantía). El ahora demandado recurre en casación.

MOTIVOS.—A) Al amparo del art. 1.692, 1.º—Primero.—Infracción por aplicación indebida del art. 1.902 del Código civil.

Segundo.—Violación e interpretación errónea de la doctrina del enriquecimiento torticero.

Tercero.—Infracción del art. 1.257 del C. c. y del principio "res inter alios acta...", al valorar el perjuicio con arreglo al precio del otro arrendamiento concertado con los actores.

B) Al amparo del art. 1.692, 7.º—Error de derecho.

CONSIDERANDO: Que el demandado, en el primer motivo del recurso, alega infracción del art. 1.902 del Código civil, fundándose en que en este caso no ha existido la culpa o negligencia que dicho artículo requiere para que haya lugar a la indemnización del daño causado, pero siendo el fundamento básico de la sentencia recurrida, como en el mismo motivo se re-

conoce, la teoría del enriquecimiento torticero y no el precepto invocado, que sólo se cita incidentalmente y a título de enlace con dicha teoría, es obvio que no se ataca el verdadero fundamento en que el fallo se apoya, por lo cual no puede ofrecer este motivo ninguna base para la casación que se pretende y debe ser, en consecuencia, desestimable.

CONSIDERANDO: Que en el segundo motivo se señala como infringida la doctrina de la *condictio sine causa* o enriquecimiento torticero, alegando que el recurrente ha poseído la finca en cuestión en virtud de la sentencia del Juzgado de 30 de diciembre de 1944 y acta de posesión de 20 de enero de 1945 y, por tanto, no por medios reprobados ni con mala fe, pero es de observar que la teoría del enriquecimiento injusto no se basa en la existencia de mala fe, de la que la sentencia recurrida no acusa al demandado, sino en el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, es decir, sin causa o sin derecho, lo que es compatible con la buena fe, y en este caso hay que atenerse a lo declarado y resuelto por la sentencia de apelación de 13 de agosto de 1945, revocatoria de la del Juzgado y que según se dice en este motivo anuló las medidas tomadas por aquél, quedando, por tanto, declarado por sentencia firme y definitiva que el demandado no tenía derecho a ocupar la finca al interponer el interdicto ni después, y que deben ocuparla los demandantes en este pleito, como efectivamente la ocuparon, sin protesta del actual demandado, por diligencia de posesión de 19 de noviembre de 1945.

CONSIDERANDO: Que en el motivo tercero y último se alega que el contrato de arriendo de 1944 es con respecto al recurrente *res inter alios facta*, cuyos efectos no pueden alcanzar al recurrente, pues los contratos sólo producen efectos para los contratantes y sus causahabientes, según el artículo 1.257 del C. c, pero la alegación es inoperante, porque la Sala sentenciadora no ha pretendido declarar que tal contrato es obligatorio para el recurrente, sino que lo había tenido en cuenta como elemento de juicio para fijar la cuantía de la prestación debida por enriquecimiento torticero, ya que tratándose de apreciar la cuantía del provecho obtenido en posesión indebida por el recurrente, es decir, la utilidad que la finca producía al tiempo de dicha posesión, era lógico deducirla de la que se reflejaba en el contrato más moderno y entonces actual, con preferencia al anterior, toda vez que por nadie ha sido tachado dicho contrato de injusto o simulado.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 7 JUNIO 1951

Compraventa mercantil—lugar de cumplimiento.

Salvo pacto en contrario, se entiende que la entrega de los géneros de comercio ha sido realizada en el establecimiento del vendedor, si desde él se remite la cosa al comprador y por cuenta de éste.

SENTENCIA 8 JUNIO 1951

Casación por infracción de ley—error de hecho en la apreciación de la prueba—documento auténtico—valor del acta notarial.

El acta notarial es documento auténtico en cuanto certifica que determinadas manifestaciones fueron hechas ante el Notario, pero no lo es en cuanto a la verdad del contenido de dichas manifestaciones a los efectos de la casación.

ANTECEDENTES.—Se demanda de separación por una mujer unida en matrimonio civil y se aporta como documento de prueba un acta notarial en la que el encargado de un hotel afirma que el marido de la demandante pernoctó en el mismo con una extraña, si bien en el registro de viajeros solamente aparece el nombre del demandado. El Juzgado y la Audiencia absuelven de la demanda.

MOTIVO.—Error de hecho en la apreciación de la prueba, demostrado por el acta notarial en cuestión.

CONSIDERANDO: Que el motivo único del recurso aduce solamente error de hecho en la apreciación de las pruebas, refiriéndose como documento auténtico demostrativo de tal error al acta notarial, traída a los autos por copia autorizada, en la que se recogen las manifestaciones de un testigo que es el encargado del hotel "V.", de M., hechas ante el Notario, pero tal documento, si bien es auténtico en cuanto certifica que tales manifestaciones fueron realmente hechas ante el funcionario notarial, no lo es en cuanto a la verdad de su contenido, pues aparte de que se trata de un testimonio prestado fuera del pleito y, por tanto, sin las garantías procesales que la ley concede a la contraparte, con la facultad de hacer las repreguntas pertinentes, se demuestra por sí mismo, como declaración testifical, la equivocación evidente del juzgador por no estar revestido de la autenticidad necesaria a los efectos de casación, por lo cual dicho motivo ha de tenerse por inoperante y debe ser desestimado.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 11 JUNIO 1951

Servidumbre sobre explotación industrial—distinción del modo de su ejercicio.

En muchos supuestos es necesario separar ambos conceptos.

Transporte—elevación de tarifas—cláusula "rebus sic stantibus".

En contratos de transporte a muy largo plazo, habría de entrar en juego la justiciera norma de la cláusula rebus sic stantibus, que autori-

za el acoplamiento de lo convenido a las nuevas circunstancias sobrevinidas que alteran la base económica del contrato y rompen el equilibrio originario de las recíprocas prestaciones.

Principio de los actos propios.—renuncia a beneficios derivados de un contrato.

La renuncia expresa o tácita de un contrato y específico beneficio o aumento no tiene la virtualidad del acto propio que implique renuncia del derecho abstracto o futuros aumentos o beneficios.

Principio “pacta sunt servanda”.

Obliga al exacto cumplimiento de lo pactado, a reserva, naturalmente, de que luego se pueda impugnar judicialmente.

ANTECEDENTES.—La Sociedad N. I. S. A. adquirió dos parcelas segregadas de una finca de J. B., el cual constituyó además servidumbre de paso y uso de muebles, vías y apartadero a favor de la Sociedad adquirente. Para su ejercicio, se estableció en la misma escritura de compra y constitución de servidumbre un contrato de transporte, siendo J. B. el porteador, estableciéndose las tarifas, y, como elemento para la formación de las mismas, se señala que sufrirán alteración debido a los aumentos que experimenten las establecidas por la Compañía F. C. Norte, y a los aumentos que, debidamente justificados, se hagan con carácter general para los usuarios de dichos tipos de servidumbre. Con posterioridad, J. B. vendió a la Sociedad otras cuatro parcelas, estableciendo análoga servidumbre y modo de ejercicio, si bien, y afectando a dos de las parcelas, se establece: “El transporte ferroviario para la Sociedad quedará expresamente sometido a las condiciones que rijan, ahora o en lo futuro, entre J. B. y la Compañía F. C. Norte.”

La Sociedad N. I. S. A., demandante, solicita: que se declare la existencia e individualidad de cada una de las servidumbres establecidas y del modo de ejercicio privativo de cada una de ellas; que la cláusula antedicha no implicó novación del contrato de transporte, pues cada uno de los contratos de transporte establecidos entre J. B. y N. I. S. A., tienen validez independiente, y a cada uno son aplicables sus respectivas normas en cuanto a la elevación de tarifas. El demandado, en reconvencción, solicitó se declarase que solamente existía un contrato de transporte cuya resolución solicita, y estima como consiguiente que se declare la extinción de las servidumbres.

El Juez de Primera Instancia, declaró la independencia de cada uno de los contratos de transporte, no dió lugar a la elevación de tarifas (que J. B. había efectuado) y desestimó la reconvencción. La A. T., revocando en parte esta sentencia y estimando en parte la reconvencción, falló: que las servidumbres están condicionadas a los contratos de transporte—que son independientes—en cuanto al modo de su ejercicio, pudiendo J. B. elevar las tarifas, conforme a lo que esta sentencia señala en otro considerando, a reserva de que la sociedad impugne la elevación judicialmente.

CONSIDERANDO: Que como los cinco primeros motivos del recurso se amparan únicamente en el número primero del art. 1.692 de la Ley de

Enjuiciamiento civil y giran en torno de la interpretación que la Sala Sentenciadora ha dado a los contratos celebrados por los litigantes, se ha de tener en cuenta para su examen que el proceso interpretativo actúa sobre los hechos que la sentencia recurrida estima probados en punto a la declaración o exteriorización de la voluntad de los contratantes, para investigar después, como *quaestio juris*, cuál haya sido su intención o voluntad interna, por aplicación de los arts. 1.281 y siguientes del Código civil, y cuál la significación jurídica de esta voluntad, *por lo que no utilizado en el recurso el caso del número séptimo del citado artículo de la Ley procesal para impugnar las declaraciones de instancia referentes a la manifestación externa de la voluntad de los contratantes, a ellas será preciso atenderse en casación*, prescindiendo de otros hechos que en dichos motivos se alegan y no han sido reconocidos o mencionados en la resolución recurrida, ni se demuestran que hayan sido aceptados como ciertos por las dos partes litigantes.

CONSIDERANDO: Que por el resultado de la prueba practicada estima la sentencia recurrida que cada uno de los cinco contratos celebrados por los litigantes contiene tres órdenes de relaciones que versan sobre la compra de porciones de terrenos, segregados de una finca del demandado señor J. B., a fin de instalar en ellos la entidad actora, Sociedad N. I. S. A., adquirente de aquellas porciones, un negocio industrial que para su desenvolvimiento requería un medio de comunicación en el Puerto de L. P. y con la estación ferroviaria de R., pactándose con esta finalidad, sobre la parte restante de la finca del demandado, una servidumbre de paso y uso de muelles, vías y apartaderos de la propiedad del señor J. B., el cual se obligó a realizar con sus propios medios de transporte el servicio de acarreo de mercancías entre las instalaciones industriales de la actora y el muelle y estación referidos, con sujeción a las tarifas convenidas, y en trance de fijación de la voluntad interna de los contratantes, y de su calificación jurídica, el Tribunal *a quo* apreció en cada contrato la existencia conjunta de relaciones de derecho constitutivas de compraventa, servidumbre predial y arrendamiento de servicios—mejor, *locatio operis*—; agotadas las dos primeras, en cuanto al contrato, quedaron consumadas de modo definitivo e inalterable la compraventa y la servidumbre, manteniéndose viva en este aspecto y sujeto a alteración de tarifas e incluso a resolución del contrato de transporte la relación de arrendamiento, a la que quedaba supeditada la servidumbre de paso *en cuanto al modo de su ejercicio*.

CONSIDERANDO: Que, frente a esta construcción jurídica de la sentencia impugnada, arguye el primer motivo del recurso la infracción de los artículos 1.281, 1.282 y 1.285 del Código civil, porque en la intención de las partes no fué supeditada la existencia de la servidumbre a la subsistencia del servicio de acarreo, y otra inteligencia de lo pactado conduciría a la extinción de la servidumbre si el señor J. B. diese por resuelto el contrato de transporte, dejando así el negocio industrial de la actora sin comunicación con el muelle y estación, lo que determinaría el fracaso de la finalidad perseguida al realizar la compra de las par-

celas; mas esta posición del recurrente carece de consistencia o fundamento, porque la Sa'a sentenciadora no declaró supeditada a la relación del transporte la servidumbre de paso, *sino solamente el modo o forma del ejercicio de ésta a cargo del señor J. B.*, de suerte que la servidumbre y el servicio de acarreo, aunque entre sí entrelazados, no se funden en vinculación única e inseparable, sino que constituyen figuras sometidas a distinto trato jurídico, ya que la servidumbre predial, de acuerdo con el principio romano "*servitus in faciendo consistere nequit*", acogido con raras excepciones en nuestro Derecho, ofrece como contenido un *pati* o un *non facere*, mientras que el transporte, como especie del arrendamiento de obra, recae sobre un *facere*, y así puede darse el caso de que se extinga la relación arrendaticia concertada entre los litigantes, subsistiendo, no obstante, la servidumbre que, en tal supuesto, y mientras no quede extinguida por alguno de los modos que señala el artículo 546 del Código civil, habría de ser ejercitada en forma distinta de la convenida con el señor J. B., como reconoce el propio recurrente que se ejercitó ya en otras ocasiones, en que dicho señor suspendió el servicio de acarreo; de donde resulta que *el primer motivo habrá de ser desestimado, porque en él se involucran y confunden, como algo inseparable, la servidumbre propiamente dicha y el modo de su ejercicio, que en casos como el de autos implican conceptos diferentes, cuidadosamente separados en la sentencia recurrida.*

CONSIDERANDO: Que el Tribunal de Instancia fijó el sentido de las cláusulas de los cuatro primeros contratos referentes a tarifas que habrían de aplicarse al servicio de transporte, no al de carga y descarga en el muelle, afirmando que podrían sufrir alteración:

Primero. Si la Compañía de los Ferrocarriles del Norte alterase sus propias Tarifas, caso en que el señor J. B. podría alterar las suyas en la misma proporción.

Segundo. Si el señor J. B., con la debida justificación, las aumentase de modo general a todos los usuarios de sus muelles, vías y apartaderos; y

Tercero. Si por cualquier circunstancia o contingencia resultaren mayores los gastos de conservación y personal, según se había estipulado en el artículo 3.º del contrato J. B.-Norte, aplicable al contrato J. B.-Sociedad N. I. S. A., y frente a esta interpretación de los contratos obra el recurrente la suya en los motivos segundo, tercero y cuarto, denunciando error interpretativo, porque lo que quisieron los contratantes fué: 1.º, autorizar y consentir alteración de las tarifas por el señor J. B., si a éste le afectaba la alteración que en las suyas hiciera la Compañía del Norte, y 2.º, igual autorización al señor J. B. para elevar sus tarifas si se elevaban los gastos de conservación y material, pero limitado este aumento a las tarifas de los contratos tercero y cuarto, sin extenderlo a las de los contratos primero y segundo, que habían de regirse por las tarifas en ellos consignadas, sin modificación por el concepto expresado.

CONSIDERANDO: Que no es aceptable el criterio interpretativo del re-

currente en ninguno de los dos aspectos denunciados, porque en cuanto al primero es claro el sentido literal de lo estipulado en los cuatro contratos autorizando alteración de las tarifas por el sólo hecho de que la Compañía del Norte alterase las suyas, sin supeditar la modificación a la circunstancia de que afectase al señor J. B. la que efectuase la entidad ferroviaria, interpretación ésta literal que coincide con la interpretación lógica, ya que *en contratos de transporte, como los de autos, a muy largo plazo habría de entrar en juego la justiciera norma de la cláusula "rebus sic stantibus", que autoriza el acoplamiento de lo convenido a las nuevas circunstancias sobrevenidas que alteran la base económica del contrato y rompen el equilibrio originario de las recíprocas prestaciones*, circunstancias que si autorizan a la Compañía del Norte para elevar sus tarifas por depreciación del poder adquisitivo del dinero, por aumento exorbitante del precio de los elementos necesarios para realizar el transporte o por otros motivos semejantes, es razonable que con relación al señor J. B., también porteador, le sirve de justificación para elevar sus tarifas el sólo hecho de que la Compañía del Norte haya elevado las suyas, y por lo que se refiere al segundo aspecto de la interpretación errónea invocada se ha de tener presente que por la cláusula sexta de los contratos tercero y cuarto quedó expresamente sometido el contrato J. B.-Sociedad N. I. S. A., sobre transporte ferroviario, *a las condiciones que rijan ahora y en lo sucesivo* entre el señor J. B. y la Compañía del Norte, pacto que se hizo extensivo a los contratos primero y segundo por virtud de la carta de 12 de marzo de 1941, claramente expresivo de que la referida cláusula sexta habría de aplicarse también a los dos primeros contratos, que así quedaron sometidos en este respecto a la misma regulación que los dos contratos siguientes, esto es, a la aplicación del artículo 3.º del contrato J. B.-Norte, que autorizaba a esta última entidad para alterar sus tarifas si por cualquier circunstancia o contingencia resultaren mayores los gastos de conservación y material, razones por las que procede desestimar los tres citados motivos del recurso, sin conceder eficacia alguna a la alegación de que en ciertas ocasiones hubo aumento de tarifas en los transportes de la Compañía del Norte, sin que el señor J. B. hubiera aumentado las suyas a la Sociedad N. I. S. A.; pues ni la alegación está demostrada en casación, ni *en todo caso la renuncia expresa o tácita de un contrato y específico beneficio o aumento tiene la virtualidad del acto propio que implique renuncia del derecho abstracto o futuros aumentos o beneficios*.

CONSIDERANDO: Que a tenor del artículo 17 del contrato J. B.-Norte, aplicable a los cuatro primeros contratos J. B.-Sociedad N. I. S. A., la falta de pago o cualquier otro incumplimiento del contrato de transporte podría determinar la resolución del contrato, y como ya queda razonado que dicho artículo, como el 3.º, quedaron incorporados a los contratos celebrados por los litigantes, debe ser desestimado también el quinto motivo del recurso, que propugna la no incorporación.

CONSIDERANDO: Que tampoco es viable el sexto motivo del recurso.

en el que, con invocación fundamental del principio *pacta sunt servanda*, se pretende que el señor J. B. no aplique a la Sociedad actora los aumentos de tarifas que con carácter general y debidamente justificados aplique a los demás usuarios de sus muelles, vías y apartaderos, sino que debe ser el mismo señor J. B. el que habrá de acudir a los Tribunales para imponer el aumento, en vez de ser la Sociedad demandante la que tenga que provocar la intervención jurídica en solicitud de que se declare la improcedencia de la elevación y se la reintegre de lo abonado con exceso, que es lo que decretó el fallo recurrido, y para rechazar la argumentación del recurrente bastaría traer a cuento el propio principio invocado "*pacta sunt servanda*" que obliga a respetar y cumplir el pacto existente sobre "*aplicación inmediata*" del aumento de tarifas, a reserva naturalmente de que la entidad actora lo pueda impugnar judicialmente.

CONSIDERANDO: Que el séptimo y último motivo, virtualmente abandonado en la vista del recurso, es notoriamente ineficaz, porque ni cabe alegar infracción del artículo 1.902 del Código civil cuando los daños y perjuicios reclamados serían en su caso contractuales y regulados por otros preceptos del mismo Código, ni cabe exigir indemnización por daños posibles y futuros, carentes de real existencia al tiempo en que fueron reclamados.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 13 JUNIO 1951

Acción—editio actionis.

Habiendo versado el pleito sobre cuál de los litigantes había incumplido la estipulación que en determinado contrato condicionaba la entrega de un establecimiento a uno de ellos, quien por estimarla cumplida pedía que aquél se dejase a su disposición, no es posible entender que lo pedido implicase una acción reivindicatoria. (V. Antecedentes.)

Casación por infracción de ley—error de derecho en la apreciación de la prueba—alegación del precepto infringido.

La alegación de este error es inoperante si no se cita precepto sustantivo infringido.

ANTECEDENTES.—El demandante pretende que adquirió en traspaso un establecimiento, y no pudiendo llevarlo personalmente, convino con su hermano, el demandado, en que éste se encargara del negocio, poniendo a su nombre los contratos (tanto el de arrendamiento del local como los posteriores de suministro, etc.), pero haciendo los pagos el demandante; según el demandado, lo único que había era una participación del demandante en el negocio del demandado. Habiendo surgido diferencias, se rea-

lizó una *transacción*, en virtud de la cual ambos ponían el negocio en manos de un tercer hermano hasta que el demandante pudiera en poder del demandado un establecimiento similar en la misma capital. Ambos litigantes afirman que este contrato fué incumplido por la parte contraria. En la demanda inicial se ejercitaba acción de cumplimiento de la transacción, terminando con la súplica de que se dejase a disposición del actor el establecimiento con los beneficios obtenidos. Desestimada la demanda en ambas instancias, por considerar incumplida por el actor la estipulación, se interpone recurso de casación por incongruencia, basado fundamentalmente en que la demanda entrañaba el ejercicio de una acción reivindicatoria.

MOTIVOS.—Primeramente.—Al amparo del 1.692, 2.º: infracción del 359 de la LEC, por no pronunciarse la sentencia sobre la propiedad del establecimiento.

Segundo.—Al amparo del 1.692, 3.º: por lo mismo.

Tercero.—Al amparo del 1.692, 7.º: error de hecho acreditado por el documento de traspaso a nombre del actor.

Cuarto.—Al amparo del 1.692, 1.º: aplicación indebida del 1.114 del Código civil e inaplicación de los 1.115 y 1.119.

CONSIDERANDO: Que determinándose expresamente en la demanda inicial del juicio que la acción personal que en él se ejercitara tendía al cumplimiento de una transacción concertada por el demandante señor don A. G. M. con su hermano, el demandado, don M., para resolver cuestiones relativas al comercio de ultramarinos establecido en el número..., de la calle de L., de esta capital, poseído de hecho por el segundo y cuya propiedad se atribuían ambos con recíproca imputación de pretender adueñarse de él indebidamente, *y habiendo versado el pleito sobre cuál de los dos litigantes había incumplido una estipulación que en el contrato transaccional condicionaba la entrega del indicado establecimiento al don A., quien por estimarla cumplida con el ofrecimiento de otro al demandado, pedía que aquél se dejase a su disposición, no es posible entender que lo así pedido y fundado implique el ejercicio de una acción reivindicatoria no invocada por el actor ni suplida con la súplica de una declaración de dominio.*

CONSIDERANDO: Que pone el recurrente los dos primeros motivos del recurso al respectivo amparo de los números 2.º y 3.º del art. 1.692 de la LEC. para acusar a la sentencia recurrida de incongruente e infractora de los artículos 359 y 361 de aquella ley, por no haber examinado ni resuelto la cuestión, que dice planteada en el pleito con independencia de la relativa al cumplimiento o incumplimiento de la transacción, pero como hace descansar cuanto argumenta en el supuesto, contrario a la realidad procesal, y por ello rechazado antes, de que además de la acción derivada del contrato transaccional se ejercitó en la demanda la reivindicatoria, con súplica de que se declarase que le pertenecía o no le pertenecía el establecimiento cuestionado, y la inadmisión de estos extremos que sustentan las alegaciones del recurrente ha de llevar consigo la de las infracciones que en ella se fundan y la desestimación de los dos motivos expresados, por ser manifiesto que no ha podido incurrir en incongruencia la

Sala sentenciadora de instancia al no resolver cuestiones que no le fueran propuestas oportunamente.

CONSIDERANDO: Que lo que se acaba de expresar hace inatendible el motivo tercero, porque el error de derecho en la apreciación de la prueba, en él denunciado, aparece referido al supuesto, ya rechazado, de que ejercitada en la demanda una acción reivindicatoria se ha omitido en el fallo el pronunciamiento declarativo del dominio que la misma exigía y que el recurrente estima justificado por el documento que como auténtico cita, a cuya razón desestimatoria bien cabe unir la de que la Sala de instancia ni ha desconocido la valoración probatoria que corresponde a tal documento, precedente del en que se hizo constar la transacción, a la que lo acreditado por aquél quedó sometido, esto aparte de que *no citándose en el recurso en concepto de infringido precepto alguno sustantivo relativo al "jus vindicandi", siempre sería el error acusado inoperante, para dar lugar a la casación.*

CONSIDERANDO: Que afirmado por el Tribunal de instancia, basándose en su examen de las pruebas practicadas, el incumplimiento de don A. G. del pacto que condicionando la eficacia de la transacción le obligaba a lograr y poner a nombre del demandado, en el plazo de dos meses, una tienda de comestibles de determinadas circunstancias, combate el recurrente en el cuarto motivo esta afirmación de hecho, oponiendo a ello, sin uso del medio que autoriza el número 7.º del art. 1.692 de la Ley procesal, la suya de haber ofrecido al demandante dos tiendas, dando de este modo, con la ineficacia consiguiente a la falta de demostración de lo que afirma, por cumplida la condición que la Sala sentenciadora estima que no lo fué, y partiendo de esta base, inaceptable, puesto que la apreciación que un litigante haga de la prueba no puede prevalecer sobre la del juzgador, apunta la aplicación indebida del art. 1.114 y la falta de aplicación del 1.119, ambos del C. c., supuesto de infracciones que como desprovistos de una base cierta es inconsistente y hace desestimable el motivo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 14 JUNIO 1951

Falta de firma del letrado en el escrito de apelación—consecuencias.

No puede dicho escrito producir efecto, dada la prohibición establecida en el art. 10 de la LEC., aunque haya sido admitida la apelación por el Juez de instancia, y el apelado haya consentido, y se hubiere sustanciado ésta, debiendo el Tribunal de alzada, a tenor de lo declarado en Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1945, confirmatoria de anterior doctrina, declarar ejecutoria la resolución recurrida, absteiniéndose de conocer el fondo del asunto.

SENTENCIA 14 JUNIO 1951

Sociedad mercantil extranjera no inscrita—responsabilidad de su representante.

La falta de inscripción en el Registro Mercantil español, la reduce ante nuestras leyes a la condición de Sociedad irregular, y su gestor, auxiliar o representante, responderá personalmente frente a los terceros con quienes contrate.

Concepto de tercero, en el supuesto del art. 29 C. de c.

No es cualquiera persona que no haya intervenido en el contrato celebrado con el mandatario cuyo poder no se halle registrado, sino el que contrata con éste en relación con el mismo y su mandante.

Cuestiones de hecho—determinación del carácter con que se contrata.

Constituye doctrina legal que dicha apreciación es una cuestión de hecho, reservada al criterio del Tribunal sentenciador.

Novación—no puede presumirse.

Es necesario que conste de una manera clara y terminante la voluntad de otorgarla, habiendo de determinarse de modo concreto y en forma concreta la nueva obligación que ha de sustituir a la ya existente.

Casación por infracción de ley—requisitos—alegación de las normas infringidas y del concepto en que lo fueron.

El no hacerlo constituye motivo de inadmisión, a tenor del art. 1.729, número 4 de la LEC., y por ello de desestimación.

Casación por infracción de ley—cuestión nueva—alegada y no debatida.

No puede ser tenida en cuenta en este recurso, aunque haya sido alegada, si no fué debatida.

ANTECEDENTES—El actor solicita indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, exponiendo como hechos que el demandado, representante de una Sociedad extranjera, le vendió un motor marino, pero que, cuando ya había preparado su barco para su colocación, no se lo entregó, alegando que no podía sostener el precio fijado, debido a la desvalorización de nuestra moneda en el mes de julio de 1936. Fina-

lizada la contienda, el demandado lo vendió a un tercero, basándose en que existía una prohibición estatal de vender motores marinos a los no poseedores de buques, y que en este caso se halla el actor. Formuló el demandado excepción dilatoria de falta de personalidad, que fué desestimada en apelación. En la contestación a la demanda, alegó, aparte de su falta de personalidad, que el actor no había inscrito su barco a nombre de la Sociedad extranjera vendedora, como se había estipulado como garantía del pago del precio; que hubo novación del contrato, por haber solicitado el comprador que se cambiase el motor, objeto del contrato, por otro de mayor potencia, y, por otra parte, que aun considerando existente el contrato, su cumplimiento se hizo imposible por causa de fuerza mayor originada por la guerra.

CONSIDERANDO: Que, al examinar en su conjunto el recurso formulado por el demandado señor C. O. contra la Sentencia de 19 de mayo de 1947, se advierte que a través de sus diversos motivos no hace el recurrente sino reproducir las tres excepciones fundamentales que alegó en el pleito, esto es: la falta de personalidad en el demandado y la falta de acción en el actor; la novación del contrato y la fuerza mayor que a juicio del demandado impidió el cumplimiento del mismo, por lo cual, para el mejor orden en el estudio del recurso, es oportuno considerar cada una de estas cuestiones en relación con los motivos que a ella se refieran y con los respectivos fundamentos de la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que, en lo que respecta a la primera de las cuestiones antes indicadas, y dejando a un lado lo referente a la falta de personalidad en el demandado que, alegada en un principio como excepción dilatoria, fué debatida y resuelta negativamente por la Audiencia, en la apelación que ante ella se interpuso, lo que impide que tal cuestión pueda resucitarse en el pleito, toda la argumentación que contiene el primer motivo del recurso se halla encaminada a pretender demostrar que el demandado recurrente actuó al contratar como apoderado o mandatario de la casa danesa "V", y, por ello, mientras no se demuestre que obró extralimitándose de las facultades que le habían sido otorgadas en la escritura de mandato, las obligaciones contraídas en los contratos efectuados afectan solamente al mandante, pero no al mandatario, el cual personalmente no se halla vinculado a ellas, y al razonar así el recurrente viene a reproducir la excepción de falta de acción en el demandante, que adujo en su contestación a la demanda y que constituye la postura fundamental que ha adoptado a todo lo largo del pleito; pero no es difícil advertir que todo; estos razonamientos no son suficientes para restar eficacia a la resolución recurrida, porque la Audiencia no ha dejado de considerar esta actitud del demandado, y estimando, desde luego, válido el contrato discutido, rechaza la alegada falta de acción en virtud de dos fundamentos distintos: uno, que pudiera estimarse teórico, que se apoya en la probada especial situación de la Sociedad extranjera "V" y su Agente general en España para realizar actos de comercio ante la legislación mercantil española, porque, si bien es cierto que dando por acreditada la capacidad legal mercantil de esta Sociedad, conformes a las leyes de su país, en el que sin duda gozaría de personalidad jurídica a todos sus efectos, *la falta de inscripción en el Registro Mercantil español y, consiguien-*

temente de su representante o Agente general en España, la reducen ante nuestras leyes a la condición de Sociedad irregular, que ciertamente podría ejercer actos de comercio en España, no por sí, puesto que carece de personalidad legal, sino mediante un gestor, auxiliar o representante cualquiera que sea su cualidad o denominación, pero el cual será responsable personal para el tercero con quien contrate, porque al no hallarse legalmente definida la personalidad social de la Compañía con la obligatoria publicidad del Registro, no entra en juego frente a terceros el mecanismo de la representación que en todos sus órdenes tengan establecidos los Estatutos sociales, y, por ello, sólo el que personalmente contrata queda obligado, sin perjuicio del ligamen jurídico que tenga aquel contratante con la Sociedad a quien dice representar, y, además, para el caso como en el presente de poderes no registrados ha de tenerse en cuenta que, según la Jurisprudencia, el tercero a que alude el art. 29 del Código de Comercio, no es cualquiera persona que no haya intervenido en el contrato celebrado por el mandatario, cuyo poder no se halle registrado, sino el que contrata con éste en relación con el mismo y su mandante, y este tercero, en cuyo perjuicio no pueden utilizarse los dichos poderes, puede fundarse en ellos en lo que le sean favorables, y si se hace aplicación de estos principios al caso presente, resulta con claridad que la Sala de instancia no incurrió al rechazar la falta de acción razonando del modo dicho en las infracciones que se denuncian, las que, por no haber logrado ser justificadas por el recurrente, dejan incólume este primer fundamento de la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que el segundo fundamento de la resolución recurrida, en lo que se refiere a falta de acción en el actor, tiene un carácter práctico, porque se deduce de la apreciación de la prueba, al afirmar la Sala de instancia que "conjuntamente apreciada la resultancia de los autos, se desprende de la misma que el tono general de la actuación del demandado en relación con la venta del motor en cuestión, es el de proceder en nombre propio y no en representación de "V", sean cuales fueren los términos en que el contrato aparezca redactado", y señala actos y documentos que, entre otros, dice, inducen al expresado convencimiento de una personal actuación del demandado, y esta declaración de la Sala hay que estimarla subsistente, porque no ha sido atacada en forma debida la valoración de la prueba ni la apreciación de los elementos probatorios, que son los soportes de ella, y que en unión del otro fundamento examinado en el anterior considerando contribuyen a mantener el criterio del Tribunal a quo, en cuanto rechaza la alegada falta de acción, y producen la desestimación del primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley ritual civil, sin que a este propósito resulte oportuno olvidar que, según doctrina de esta Sala (Sentencia de 30 de noviembre de 1946, con alusión a la de 28 de mayo de 1935), la determinación de si quien otorga un negocio lo hace a nombre propio o como apoderado de un tercero, es una cuestión de hecho reservada a la apreciación del Tribunal sentenciador.

CONSIDERANDO: Que, en cuanto a la segunda de las cuestiones plantea-

das, que la novación, a tenor del art. 1.202 del Código civil y su interpretación por la Jurisprudencia, no puede presumirse simplemente, sino que es necesario que conste de una manera clara y terminante la voluntad de otorgarla, habiendo de determinarse de modo concreto y en forma completa la nueva obligación que ha de sustituir a la ya existente, y en el caso del presente pleito, del examen de las cartas de M. F., hermano del actor, de 31 de mayo y 10 de junio de 1936, aducidas por el demandado y reconocidas por el actor, aparece que después de firmado el contrato de 22 de abril anterior para adquirir un motor de 130/150 HP., para colocarlo en la barca "Pepita", debieron tener dudas el demandante y su hermano sobre la conveniencia de adquirir otro de mayor potencia, y así lo manifestaron al demandado, el cual, aunque accedió a proporcionárselo, expresó en su carta de 2 de junio que tendrían bastante con el motor ya contratado, ofreciéndoles el que en aquel entonces tenía sobre muelle, y si bien en la carta de 10 de junio el M. F. expresó su propósito de comprar el mayor, lo cierto es que no se pasó de estas manifestaciones y quedaron sin concretarse los interesantes datos de precio, plazo, fianza o pago anticipado de parte de precio, datos que figuraban en el contrato firmado y que forzosamente habrían de estipularse en el que se proyectaba, y aun prescindiendo de examinar la cualidad jurídica con que interviene en estas gestiones el M. F., hermano del actor, por lo que a éste respecta, en relación con el demandado, ha de afirmarse que no existió la novación alegada, porque, como expresa la sentencia recurrida, de lo que aparece en los autos, el único contrato que se firmó fué el otorgado el 22 de abril de 1936, y a él se refirieron únicamente los actos y reclamaciones de uno y otro litigante anteriores a la incoación del pleito, revelando así que era el que consideraban vigente, por lo cual procede desestimar el motivo cuarto del recurso, que se funda en la pretendida existencia de la novación, y el motivo segundo, que acusa a la sentencia el haber incurrido en error de hecho y de derecho al no estimar el valor probatorio de las aludidas cartas de M. F. de 31 de mayo y de 10 de junio de 1936 y la del demandado señor C. O. de 2 de dicho mes de junio, por no haberse cometido tales errores, ya que, como queda expuesto, la Sala de instancia tuvo en cuenta las cartas aludidas en su condición de documentos privados explícitamente reconocidos, pero lo que en dichos documentos se consigna no contradice la apreciación que aquélla hizo de que constituyeran gestiones para llegar a una sustitución de contrato, que no llegó formalmente a realizarse.

CONSIDERANDO: Que el recurrente dedica los motivos quinto y sexto del recurso, a defender la alegación negada por el Tribunal *a quo* de haber existido fuerza mayor que impidió al demandado el cumplimiento del contrato otorgado el 22 de abril de 1936, tercera de las excepciones aducidas por aquél al contestar la demanda, que concreta el mismo en el advenimiento de la guerra civil y en determinadas disposiciones oficiales de carácter administrativo al terminar la guerra de liberación, tendentes a evitar especulaciones abusivas, y dejando sentado que el Tribunal *a quo* afirma, desde luego, que ninguna influencia se ha de conceder a nuestra guerra de liberación a efectos de amparar el incumplimiento del contra-

to en cuestión, pues aparece probado mediante la nota manuscrita que el propio demandado consignó en la repetida carta del 2 de junio de 1936, que éste tuvo sobre el muelle de A. un motor de las características del contratado, que pudo haber entregado y si no lo hizo no fué la guerra la que lo impidió, la argumentación que integra el motivo quinto que a este extremo se refiere es notoriamente insuficiente y produce la desestimación del mismo, porque se apoya en dos supuestos inexactos, como son los errores de hecho y de derecho que en el segundo motivo denuncia cometidos al valorar las cartas de 31 de mayo y 10 de junio de 1936, y ha quedado demostrado que no se cometieron, y la existencia de la novación, amparada también en la repetida carta de 10 de junio, que igualmente ha quedado refutada, y en cuanto a la fuerza mayor obstativa del cumplimiento del repetido contrato, lo que otras veces el recurrente supone novado, que representa el cumplimiento de la disposición del Gobierno nacional, reflejada en un oficio de la Inspección de Buques de A., que prohibía entregar motores "V" a quienes no tuvieran embarcaciones aptas para la instalación de los mismos, a fin de evitar especulaciones, resulta injustificado el razonamiento del recurrente, porque si al contratar la compra del motor "V", objeto de este litigio, se determinaba que había de instalarse en la barca "P.", que era, por lo tanto, apta para recibirlo, y está probado que con intervención del demandado, que abonó determinados gastos, se efectuaron trabajos en la referida embarcación a los fines de instalación de un motor de la dicha clase, no cabe alegar la dicha prohibición administrativa como causa de fuerza mayor, a menos que se pruebe por el demandado a quien incumbía lo que según la sentencia recurrida no se ha probado, esto es, que al momento de irse a hacer entrega del aludido motor al actor demandante, éste ya no poseyera la barca "P." a la que aquella maquinaria estaba destinada, y no resulta probado porque el documento que a tal fin señala el recurrente, la certificación del Ministerio de Industria y Comercio que afirma que no consta que el actor sea propietario de una barca "P." y sí de un vapor denominado "S.", que no tiene el carácter de documento auténticos a efectos de casación, toda vez que no acredita que no sea propietario de la embarcación referida, sino que no consta registrado, y se halla además contradicho, según afirma la sentencia, por otros documentos también oficiales, sin que tampoco ostenten la cualidad de autenticidad, exigida las diligencias del incidente de pobreza a que alude el recurrente, que por otra parte se refieren a la situación del actor al interponer la demanda, pero no al otorgar el contrato debatido, por todo lo cual debe ser desestimado este motivo sexto, que por cierto adolece, además, de grave defecto procesal, porque amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no señala precepto alguno legal que haya sido infringido.

CONSIDERANDO: Que igualmente debe ser rechazado el motivo tercero, pues amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, denuncia la infracción de varios artículos del Código civil, "por desconocerlos unos y conculcarlos otros", según literalmente expresa, con lo que claramente se advierte que no manifiesta cuáles sean los

desconocidos y cuáles los conculcados, y menos indica cuál fué el concepto en que éstas infracciones se cometieron, en los razonamientos que en el motivo consigna, con lo que incurre en la causa de inadmisión a que se refiere el número cuarto del artículo 1.629 de la Ley procesal civil que produce la desestimación en este trámite, además de que al aludir al incumplimiento por parte del actor de la cláusula consignada en el debatido contrato que le obliga a poner la barca "P." a nombre de la Entidad vendedora o la persona que esta designase para que pudiera entrar en vigor la compra-venta convenida, plantea una cuestión que aunque alegada no fué debatida en instancia, lo que, según doctrina de esta Sala, la sitúa al margen de la casación.

CONSIDERANDO: Que en el séptimo y último motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 604 de la Ley procesal civil, porque estima que determinados documentos aportados al pleito fueron tenidos en cuenta por la Sala de instancia para determinar su criterio sin haber sido debidamente reconocidos por el demandado, pero, aparte de que tal precepto pueda ser motivo de casación, en el fondo olvida el recurrente que los citados documentos no fueron impugnados ni tachados de falsos por él, y que según el artículo 512 de la citada Ley procesal, se tendrán por válidos los documentos cuando no han sido expresamente impugnados; y en cuanto a la infracción del artículo 1.259 del Código civil, cometida, según se dice, al estimar la sentencia que M. F., hermano del actor, vendió el motor "O." que se había desmontado de la barca "P." usando poder del señor C. O., que éste manifiesta no tenía para vender o comprar motores, sino piezas de recambio, la sentencia recurrida afirma, sin impugnación en este respecto, que existen en autos elementos que prueban que la tal venta se realizó con conocimiento y anuencia del demandado, quien, sin rechazar aquella operación, confirmó y amplió posteriormente, aun después de la Guerra de liberación, al citado M. F. las facultades y autorizaciones que en su nombre tenía, y esta ratificación de confianza contradice la acusación que en este motivo se formula, por lo que desmentidas las infracciones alegadas y rechazando el error de hecho denunciado, porque no se citan los documentos que como auténticos lo evidencien, procede la desestimación de este séptimo y último motivo y con él el recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 14 JUNIO 1951

Jerarquía de normas legales—subordinación del Reglamento a la ley.

Los reglamentos subordinados a la ley para su ejecución de la cual se dictan, no pueden alterar, sino, a lo sumo, aclarar, para su mejor cumplimiento lo que la misma dispone.

Principio de los actos propios.

El principio legal de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, requiere la existencia de hechos creadores, modificativos o extintivos de una relación o situación jurídica inalterable.

ANTECEDENTES.—Se desprenden de los considerandos.

MOTIVOS.—Primero.—Interpretación errónea del art. 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, y violación, al no aplicarlo, del art. 1.º del Reglamento para aplicación de dicha ley, al declarar que las fincas discutidas, propiedad de la demandante, no son rústicas, a los efectos de las disposiciones de la legislación especial de arrendamientos rústicos.

Segundo.—Aplicación indebida de los arts. 1.566, número 1.º del 1.569 y 1.577 del C. c. y violación, al no aplicarlos, de los arts. 6, 8 y 10 y concordantes, y la Disposición 2.ª, todos ellos de la LAR.

Tercero.—Violación de la doctrina legal sentada en las sentencias de 21 de octubre de 1919, 2 de diciembre de 1928, 7 de julio de 1929 y 19 de junio de 1933, que establecen el principio de que "nadie puede ir válidamente contra sus propios actos".

CONSIDERANDO: Que al someter la Ley de 23 de julio de 1942 al régimen por ella establecido todos los contratos de arrendamientos rústicos, sin definir las fincas que habían de ser objeto de los mismos, para que merecieran aquella calificación, dejó remitido este extremo, en virtud de la vigencia que en su artículo 13 reconoce a las leyes anteriores, en cuanto a lo que dispone no se opongan al artículo 2.º de la de 15 de marzo de 1935, en el que lejos de comprender en el concepto de fincas rústicas a cuantos por su naturaleza y destino lo son propiamente, niega en su apartado c) que para sus efectos tengan este carácter, lo que equivale a excluirlas de la aplicación de sus especiales preceptos, a las tierras que dentro o fuera de las zonas y planos de ensanche de las poblaciones tengan, por su proximidad a éstas, a estaciones ferroviarias, carreteras, puertos o playas, un valor en venta superior en un duplo al precio que normalmente corresponda en el mercado inmobiliario a las de su misma calidad y cultivo.

CONSIDERANDO: Que esta expresa exclusión de los efectos de las disposiciones vigentes sobre arrendamientos rústicos a las tierras en que concurren las circunstancias que precisa el precepto legal citado, aunque estén dedicadas al cultivo, según lo patentizan el tenor y el sentido de lo que aquél dispone, refiriendo la comparación de su valor a otras también cultivadas, obliga a entender que las fincas cuya calificación se ha discutido en el pleito no se pueden considerar rústicas para el efecto de aplicar las especiales disposiciones expresadas a los contratos de que han sido objeto, porque afirmándose en la sentencia recurrida por apreciación de la prueba, no combatida en el recurso, que tales fincas, que forman por su colindancia una unidad lindante con la carretera de Oviedo, están en la zona y plan de ensanche de G., muy próximas a estaciones de ferrocarril, líneas de tranvías, puerto local, centros industriales y fabriles, pegando a un núcleo urbano con sus servicios de energía eléctrica y agua

del servicio municipal, teniendo por su emplazamiento un valor triple del que normalmente corresponde en el mercado inmobiliario a las de su misma calidad y cultivo la realidad demostrada de este hecho fundamental para el fallo recurrido, hace estimar que la Sala sentenciadora aplicó con acierto en la cuestión debatida el apartado C) del artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935.

CONSIDERANDO: Que es cierto que el Reglamento provisional para la ejecución de esta ley, aprobado por Decreto de 27 de abril de su mismo año, en su artículo 1.º, cuya inaplicación, justamente con la interpretación errónea del 2.º de la ley mencionada, se acusa en el primer motivo del recurso dejó excluidas de la excepción antes consideradas a las tierras situadas fuera de las zonas o planos de ensanche, aunque no a las de dentro de ellos que estuvieran destinadas a fines agrícolas, pero la manifiesta contradicción en que se colocaba a ambas disposiciones tenía que producir necesariamente el efecto de privar de eficacia a la reglamentaria, restrictiva del preciso sentido de la legal, porque los Reglamentos, subordinados a la ley para la ejecución de la cual se dicten no pueden alterar, sino, a lo sumo, aclarar para su mejor cumplimiento lo que la misma dispone, y no es aclaración de un precepto dejar fuera de él casos o circunstancias que comprendía; esto aparte de que al mantener la ley de 23 de julio de 1942, en artículo 13, en vigor sólo a las leyes sobre arrendamientos rústicos a ella anteriores, hizo tácita derogación de los Decretos que las reglamentaban.

CONSIDERANDO: Que habiéndose de desestimar, por las apreciaciones que anteceden, el primero de los motivos del recurso, ha de ser consecuencia de esta desestimación la del segundo, puesto que las infracciones que en él se alegan se refieren al supuesto ya realizado de que el contrato sobre las fincas descritas en la demanda es de los sometidos al especial régimen regulador de los arrendamientos rústicos, del que según antes se aprecia se halla excluido; y es también desestimable el tercer motivo, porque el principio legal de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos requiere la existencia de hechos creadores, modificativos o extintivos de una relación o situación jurídica inalterable, y no cabe dar este excesivo alcance a la iniciación por el demandante con anterioridad de un juicio de desahucio, que no llegó a ser resuelto, con fundamento en las especiales disposiciones reguladoras de los arrendamientos rústicos, ya que con ello no reconoció al demandado derecho alguno contra el que vaya en el actual pleito.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 18 JUNIO 1951

Incumplimiento contractual—fuerza mayor—acto administrativo.

Una orden administrativa que determina el incumplimiento parcial del contrato por el demandado no puede considerarse como causa de fuerza

mayor. si dicho demandado no la impugna utilizando los recursos legales que le pertenecen.

ANTECEDENTES.—Una Sociedad hidráulica se obligó al suministro de agua de una finca, comprometiéndose a no hacer derivaciones en la conducción particular mediante la cual se verificaba dicho suministro. No obstante lo estipulado, y en cumplimiento de una orden de la Dirección de Caminos, la Sociedad contratante realizó varias tomas de agua en dicha conducción. El propietario de la finca solicitó el cumplimiento del contrato en la forma pactada e indemnización de daños y perjuicios, pero los tribunales de instancia afirman la existencia de fuerza mayor. Recurso de casación.

CONSIDERANDO: Que, según el primer motivo del recurso, estipulado, como se hallaba, por las partes que la derivación o toma de agua para la recurrente habría de hacerse en una de las líneas generales de conducción el Tribunal de instancia estima cumplida tal obligación de la recurrida, a pesar de haberse realizado la toma de agua, no en las líneas generales, sino en un punto de la red existente en esta capital, sosteniendo el motivo segundo que al establecer el fallo la citada conclusión infringe el principio de Derecho, según el cual a nadie es lícito ir contra sus propios actos, ya que reconocido por Hidráulica Santillana el hecho de no haberse conectado la tubería con arreglo a los términos establecidos en el contrato, la Sala sentenciadora prescinde de lo pactado en el mismo, incidiendo así, según alega el motivo tercero, en error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de los actos y documentos que dicho motivo señala y de los que aparece que la toma de agua habría de hacerse en una de las líneas generales de la conducción, añadiendo el motivo quinto, que por no atenerse la sentencia a lo pactado en el contrato que une a las partes, llega a admitir en las estipulaciones principales del mismo una alteración producida por la sola voluntad de la entidad recurrida.

CONSIDERANDO: Que en el recurso de interposición del recurso contencioso administrativo, formulado por Hidráulica Santillana contra una Orden del Ministerio de Economía Nacional, de 11 de julio de 1935—que dispuso se obligase a dicha entidad a servir el agua con la necesaria presión y a enlazar la tubería del Marqués de Camarines con cualquiera de las de conducción general—, reconoció la repetida entidad que, por hallarse estipulado así en el contrato, estaba dispuesta a hacer el empalme de la tubería en la forma que se le ordenaba y que no lo había hecho por entender sus ingenieros que tal medida no aumentaría la presión de las aguas de un modo apreciable, manifestaciones de las que aparece que Hidráulica Santillana reconoció no haber cumplido su obligación de hacer la toma de aguas en sus líneas generales; y al prescindir de tal terminantes extremos y no estimar la sentencia que la entidad recurrida va contra sus propios actos al oponerse a las pretensiones de la parte actora—hoy recurrente—, se impone la estimación de los motivos primero, segundo, tercero y quinto del recurso, haciéndose innecesario entrar al examen del cuarto de los mismos.

CONSIDERANDO: Que reconocido como cierto en la sentencia el hecho de haber realizado Hidráulica Santillana una derivación de aguas en un punto de la tubería de conducción de las destinadas al suministro del recurrente, entiende el Tribunal de instancia que la indicada derivación constituyó un suceso inevitable por haberse realizado aquélla en cumplimiento de una orden emanada de la Dirección de Caminos, que lo dispuso así para surtir de agua al nuevo Hipódromo, sosteniendo frente a esta apreciación el motivo serio del recurso que ni la Dirección de Caminos tenía facultades para dar órdenes de esta naturaleza, ni cabe sostener—atendidos los términos de la comunicación dirigida a tal efecto a la entidad recurrida—que se tratase de una orden, sino de un ruego, añadiendo dicho motivo que, aun en el supuesto de no ser así, “pudo y debió Hidráulica Santillana utilizar los recursos legales antes de dar cumplimiento a dicha orden, sin que la existencia de la misma signifique un caso de fuerza mayor que exima de responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones a la mencionada entidad;” y es lo cierto que realizaba tal derivación de aguas sin que Hidráulica Santillana opusiese objeción ni reparo de ningún género a la Dirección de Caminos, a pesar de realizarse la acometida no en las líneas generales de conducción de aquéllas, sino en la tubería especialmente destinada al suministro del recurrente y sin auencia de éste, lógico se hace entender que, al proceder así, “no obró Hidráulica Santillana con la debida diligencia en el cumplimiento de su obligación de suministro a la Empresa Camarines, y, en consecuencia, debe ser estimado el motivo sexto del recurso.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 25 JUNIO 1951

Arrendamiento de industria—cuándo existe.

No basta para fundar la existencia de un arrendamiento de negocio el que con los locales se arrendaran algunas otras cosas si estas no fueron todas las necesarias para integrar una industria en el sentido legal.

ANTECEDENTES.—La dueña de una tienda de ultramarinos arrendó a uno de los dependientes en 1939 “el local y establecimiento” que poseía, vendiéndole al mismo tiempo una parte de los géneros y enseres del comercio, que a la sazón tenía pocas existencias y clientela. Años después trató de desahuciarle por haber concluido el plazo del contrato, alegando ser un arrendamiento de industria. El demandado se opuso, basándose en que se trataba de un mero arrendamiento de local de negocio, por lo que estimaba aplicable la legislación especial. En ambas instancias se desestimó la demanda. La demandante interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Violación del art. 1.281 del C. c., párrafo primero, y aplicación indebida del párrafo segundo del mismo artículo. Del contrato, rectamente interpretado, se deducía que lo arrendado fué la industria.

2.ª Violación del art. 4.º de la LAU., en relación con los 1.565 y 1.569, causa primera, del C. c., por lo dicho en el motivo anterior

CONSIDERANDO: Que para resolver sobre la procedencia del desahucio solicitado por la parte actora hay que dilucidar la cuestión fundamental del pleito, en la que se discute si el contrato celebrado por las partes litigantes en 1 de junio de 1939 constituye un arrendamiento de industria, o bien un arrendamiento de local de negocio, pues de ello depende la determinación de las disposiciones legales que hayan de aplicarse al presente caso.

CONSIDERANDO: Que en relación con esta cuestión, el primer motivo del recurso acusa infracción del párrafo primero del artículo 1.281 del Código civil y aplicación indebida del párrafo segundo del mismo, por entender el recurrente que los términos del contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes; pero tal claridad, en el sentido que el recurrente pretende, no pasa de ser un supuesto, sin otro fundamento que el de dar a la palabra "establecimiento", usada en el contrato, un sentido exactamente equivalente al de la palabra negocio, base única o principal del recurso, y es evidente que no existe tal identidad de significación entre dichas palabras, pues no pueden usarse indistintamente ni sustituirse la una por la otra, y en cuanto a la palabra "establecimiento", aunque puede tener más de un sentido, es corriente emplearla en la acepción de lugar donde habitualmente ejerce una persona su industria o profesión.

CONSIDERANDO: Que el recurrente arguye que al hablarse en el contrato de locales y establecimiento, distinguiendo, por tanto, una de otra cosa, demuestra que no se arrendaron sólo los locales; pero, prescindiendo de si pudiera tratarse aquí de una redundancia, sinonimia o tautología de las que no es raro encontrar en diversas clases de escritos, es de observar, en primer lugar, que sobre las palabras usadas por los contratantes están los hechos constitutivos del contrato, debiendo atenderse a lo que realmente se arrendó, y, en segundo lugar, que *no basta para fundar la tesis del arrendamiento de negocio el que con los locales se arrendaran algunas otras cosas, si éstas no fueron todas las necesarias para integrar una industria en el sentido legal*, y si se admite el contenido de la factura de 1 de agosto de 1939, presentada por el demandado donde constan los géneros, mobiliarios y utensilios que la demandante vendió al demandado, como afirma la sentencia de primera instancia en el segundo de sus resultandos, aceptados por la Sala sentenciadora, tales objetos, como vendidos, no pudieron entrar en el arrendamiento, y sin ellos no podrá apreciarse que se arrendara una industria con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas, según exige el artículo 4.º de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

CONSIDERANDO: Que la Sala sentenciadora aprecia que la actora cesó en su actividad comercial porque no se creía con condiciones para desenvolver el negocio o porque carecía de capital para ello o porque no

quería correr el riesgo de la explotación, y además tiene en cuenta la sentencia recurrida que la situación del negocio era, según todos los testigos, ruinosa y que, dado el régimen de abastecimientos por racionamiento, en poco podía influir el crédito del establecimiento en los que de él habían de surtirse y que no puede servir el que siguieran algunos clientes surtiéndose de la tienda para sacar la consecuencia de que se trata de arrendamiento de una industria, todo lo cual revela que la situación posterior del negocio no ha sido continuación ni resultado de la anterior, sino debida a la actividad inteligente del demandado, que no aparece —ni el Tribunal “a quo” lo afirma, antes bien, de sus apreciaciones se infiere lo contrario— que recibiera de la actora organización adecuada, ni crédito comercial, ni clientela suficiente, deduciéndose de todo ello que es de aplicar el artículo quinto de la mencionada Ley de Arrendamientos urbanos, según el cual no obsta, para la conceptualización del objeto del contrato como local de negocio, la existencia de estipulaciones, por muy importantes, esenciales o diversas que sean, ni las cosas que con el local se hubieran arrendado, tales como viviendas, almacenes, terrenos, fuerza motriz, maquinaria, instalaciones y en general cualquier otra destinada a ser utilizada por el arrendatario.

CONSIDERANDO: Que afirmado por la Sala sentenciadora en su considerando primero que de las pruebas practicadas se saca la consecuencia de que lo que se arrendó fué el local para el negocio, a esta apreciación de las pruebas hay que atenerse por no haber sido combatida al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto procede desestimar el motivo primero del recurso y con ello cae por su base el motivo segundo, vinculado al primero con nexo de consecuencia indeclinable.

CONSIDERANDO: Que, estimada, como se estima en el caso presente, la existencia de un arrendamiento de local de negocio, es obligado declarar que está comprendido en la vigente Ley de Arrendamientos urbanos, según dispone su artículo primero, y por tanto es de aplicar el artículo 70 de la misma, que establece la prórroga de tales arrendamientos obligatoriamente para el arrendador, y al entenderlo así la Sala sentenciadora no ha incurrido en las infracciones legales que en el recurso infundadamente se acusan.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 26 JUNIO 1951

Testamentos - interpretación.

Conforme al principio, generalmente admitido, en la duda sobre el contenido de una disposición testamentaria, debe preferirse la interpretación que la permita producir efectos.

Legítima—concepto.—categorías.

En el concepto de legítima se encierran dos categorías: de calidad, según la definición que de ella da el art. 806 del C. c., y de cantidad, en relación con el total de la herencia determinada para cada caso en cada uno de los artículos del mismo código, en los que se fija la correspondiente a cada uno de los herederos forzosos.

ANTECEDENTES.—Se desprenden de los considerandos.

MOTIVOS.—Primeramente.—Comprendido en el número 1.º del art. 1.692 de la LEC. Infracción por violación e interpretación errónea de doctrina legal, al declarar nulas, el fallo recurrido, las operaciones testamentarias practicadas por el albacea solidario, por el hecho en sí, de que en la práctica de ellas no intervino el otro albacea.

Segundo.—Fundado en los números 1.º y 7.º del art. 1.692 de la LEC. Infracción por violación e interpretación errónea de los arts. 806, 807 y 840 del C. c., en relación con el 842 del mismo código, y error de derecho en cuanto a las cláusulas 2.ª y 3.ª del testamento del finado, y al art. 675 del Código civil, ya que en el fallo recurrido se declaran nulas las operaciones particionales de que se trata.

CONSIDERANDO: Que, según el sentido literal de las palabras empleadas por don D. P. P., en las cláusulas segunda y tercera de su testamento, otorgado el día 23 de mayo de 1945, ante el Notario de M., don F. M. A., su madre, doña P. P. R., había de recibir la herencia, o el usufructo vitalicio de la parte que al testador correspondía en ciertas fincas de la provincia de B., a lo que él llama en la cláusula tercera "su legítima", y esto, a elección de la madre nombrada, puesto que dice que si no estuviera conforme con recibir lo primero y reclamar lo segundo—se entendería instituída en dicha legítima—, lo que revela claramente la intención de atribuir a su madre la facultad de elegir entre dos porciones de la herencia, habiendo surgido cuestión sobre el sentido que, en relación con la institución de su madre, debe atribuirse a las palabras "su legítima" que el testador empleó, supuesto el conocimiento de su filiación.

CONSIDERANDO: Que, si bien nada se pidió en el pleito y ninguna declaración, por ende, podría en él hacerse, y menos sin la necesaria intervención del ministerio Fiscal (número 5.º del art. 838 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 4.º del 2.º del Estatuto de dicho Ministerio), sobre cuál sea la filiación de don D. P. P., conviene tener en cuenta lo que, según el testamento relacionado con el resultado de los autos, pudo creer sobre dicha filiación, como punto de partida, para indagar su intención.

CONSIDERANDO: Que la creencia del testador respecto a su filiación pudo ser la de legítima, coincidente con la presunción legal del art. 108 del Código civil, ya que, según hechos de realidad conocida por la propia demandante y recurrente (hecho sexto de la contestación), fué engendrado y nació constante al matrimonio de su madre, presunción no destruída con la única prueba eficaz al efecto según el 109; la de ser hijo natural reconocido en testamento, apoyada en certificación del acta de inscripción en el Registro Civil del Juzgado Municipal del Distrito de

B. de M., el día 30 de diciembre de 1906, prueba del estado civil que, cuando existe, como en el caso de autos, sólo puede ser suplida, según el 327, cuando ante los Tribunales se suscite contienda sobre el estado civil, lo que no ocurre en el pleito originario que, como se ha dicho, versa sobre interpretación del testamento, y, por último, ser hijo ilegítimo no natural, sin apoyo en elemento alguno apreciable en derecho, pues la ley (artículo 109, citado), no admite para ello, caso del nacido constante matrimonio, ni siquiera la confesión de la madre, ni su condena por adulterio, que tampoco resulta ni siquiera alegada en el pleito.

CONSIDERANDO: Que instituída heredera doña P. P. R., por su nombre y apellidos, como dispone el art. 772 del C. c., sin duda alguna de quién sea la persona instituída, ni de su cualidad de madre del testador, ningún vicio puede apreciarse en la institución, ni a ella podría perjudicar, según el 773, el error del testador, si le hubo, en cuanto a la clase de su filiación, la que, por lo dicho, no puede dilucidarse en este pleito.

CONSIDERANDO: Que en el concepto de "legítima" se encierran dos categorías de *calidad*, según la definición que de ella da el artículo 806 del Código civil, y de *cantidad*, en relación con el total de la herencia determinada para cada caso en cada uno de los artículos del mismo Código, en las que se fija la correspondiente a cada uno de los herederos forzosos, de modo que, aun admitiendo la creencia menos probable de don D. P. P., respecto a su filiación, de ser hijo ilegítimo no natural de doña P. P. y teniendo en cuenta que ni la expresión de una causa falsa, ni la de una contraria a derecho, invalidan la institución, sino que, por disposición del 767, se tienen por no escritas, habría de concluirse que, si en la intención de don D., al hablar de "legítima", no estaba ésta en su categoría de calidad, lo estaba en la de cantidad, para determinar la porción de la herencia en la que quiso instituir heredera a su madre, con lo que también se satisface el principio generalmente admitido, de que en la duda sobre el contenido de una disposición testamentaria debe preferirse la interpretación que le permite producir efecto.

CONSIDERANDO: Que por no figurar como tema del recurso ninguna cuestión sobre la cuantía de la porción hereditaria en que fué instituída doña P. P., según se determina dicha cuantía en la sentencia recurrida, debe prevalecer la que se fijó en esa sentencia.

CONSIDERANDO: Que bastando lo expuesto, en relación con el segundo motivo del recurso, para sostener la resolución recurrida, resulta innecesario el examen del primero, para su desestimación.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 26 JUNIO 1951

Condominio—derechos de los condueños.

El derecho de los copropietarios sólo se extiende a una cuota abstracta de la cosa común, y no autoriza el disfrute de una parte material de la misma.

SENTENCIA 26 JUNIO 1951

Principio de los actos propios.

Para la aplicación del principio de los actos propios es necesario que el acto que se aduce haya tenido el designio manifiesto de crear o modificar algún derecho existente con perfecto conocimiento de este derecho.

Arrendamiento de industria—cuándo existe.

No priva a una industria de su naturaleza de tal, su finalidad parcial en relación con el proceso total de la producción en un ramo determinado.

ANTECEDENTES.—Arrendada una fábrica de jabones, antes en funcionamiento, el arrendatario, que tenía su fábrica en otro local, la destinó a operaciones auxiliares de su industria. Varios años después, el arrendador comunicó al arrendatario el aumento de renta autorizado para los locales de negocio por la Ley de Arrendamientos Urbanos, aceptando el arrendatario. Después, el arrendador solicitó el desahucio por cumplimiento del término, alegando el demandado tratarse sólo de arrendamiento de local. Estimada la demanda en ambas instancias, el demandado interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción del principio de los actos propios: el aumento de renta suponía aceptación de que se trataba de arrendamiento de local de negocio.

2.º Violación del art. 4 del C. c.: la sentencia recurrida dice, a propósito del tema del motivo anterior, que el actor no podía haber renunciado al C. c., pero sí podía renunciar a los derechos que concede la legislación común en materia de arrendamientos.

3.º Violación del art. 4 en relación con el 5 L. A. U., y de doctrina: por estimar arrendamiento de industria lo que es de local.

CONSIDERANDO: Que la Sala sentenciadora afirma al aceptar los Considerandos del Juzgado que en el contrato de arrendamiento que es base de discusión en este pleito fué indicado el objeto de tal convención como un local y fábrica con todos sus elementos actuales; que el arrendador tenía una fábrica de jabón de 4.500 litros; que mientras no se demuestre lo contrario, lo que no se ha hecho, hay que tener por cierto que esa fábrica estaba completamente aparejada y dotada de la maquinaria necesaria (fuera ésta antigua o moderna) en buen estado de conservación y funcionamiento; que la renta se paga por el local y la fábrica; que la Sociedad arrendataria se obligó a conservar las calderas, maquinarias y utensilios en el mismo estado de funcionamiento, quedando de su cuenta, no sólo el suministro de agua y electricidad, sino también el seguro de los utensilios y maquinarias; que aparece de las condiciones del complejo industrial arrendado que el objeto prevalente del arrendamiento fué el aparejamiento industrial, y en primer lugar las máquinas; que de las cartas dirigidas a don F. G., representante del actor, aparece que las má-

quinas se usaron por la Sociedad arrendataria; que el propietario entró como encargado a servir al arrendatario, obligándose a prestar sus servicios profesionales durante las horas de trabajo en fábrica, y, finalmente, que de la certificación de la Delegación de Industria de 6 de noviembre de 1947 resulta que la fábrica de jabón instalada en Pacífico, 2, funciona a nombre de Sociedad Anónima para la refinación de aceites y fabricación de jabones, y no es propiedad de la empresa, sino que la tiene arrendada, y no habiéndose combatido debidamente las apreciaciones de hecho contenidas en tales afirmaciones es obligado ajustarse a ellas y declarar en consecuencia que el objeto del contrato en que la demanda se basa fué un complejo de elementos materiales destinados a un uso industrial y determinado y aptos para funcionar inmediatamente, es decir, un todo organizado para la realización de una finalidad productiva, lo cual constituye una unidad patrimonial que cae dentro del concepto legal de industria contenido en el artículo 4.º de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo cual no es estimable el motivo 3.º del recurso, sin que obste a ello que en el referido local no se realizara todo el proceso de la elaboración del producto, pues aún dando esto por probado, *son muchas las industrias que obedeciendo a la beneficiosa Ley económica de la división del trabajo se limitan a una finalidad parcial en relación con el proceso total de la producción en un ramo determinado, sin que esta condición les prive de la naturaleza de verdaderas industrias.*

CONSIDERANDO: Que el recurrente alega el principio de derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos fundándose en las cartas cruzadas entre las partes, de las que resulta que se aplicó en este caso el 40 por 100 de aumento establecido por la mencionada Ley de Arrendamientos, y aunque no se acepte la singularidad dialéctica del Juzgado en este extremo, no es aplicable tal principio al caso presente, pues *para ello sería necesario que el acto que se aduce realizado por la parte actora hubiera tenido el designio manifiesto de crear o modificar algún derecho existente con perfecto conocimiento de este derecho*, lo que no resulta acreditado, pues se trata indudablemente de un error jurídico que no implica renuncia a la legislación común ni puede bastar para convertir en arrendamiento de local de negocio lo que en la realidad aparece de manera patente como arrendamiento de industria, ni es de creer que tal fuera la idea del actor, lo que obliga a desestimar los motivos primero y segundo del presente recurso.

FALLO—No ha lugar.

SENTENCIA 28 JUNIO 1951

Casación por infracción de Ley—cuestiones de hecho—proporcionalidad entre necesidades del alimentista y caudal del alimentante—cauce de impugnación.

La proporcionalidad entre las necesidades del alimentista y el caudal del alimentante es una cuestión de hecho de la libre apreciación del Tri-

bunal de Instancia que sólo puede impugnarse al amparo del núm. 7.º del artículo 1.692 LEC.

SENTENCIA 30 JUNIO 1951

Documentos privados—autenticidad—demostración.

El reconocimiento de la autenticidad de un documento privado no es el único medio para probarla y por eso, negada, puede ser utilizado cualquier medio de prueba por la parte a quien interese para demostrarla.

Diligencias para mejor proveer.

Son discretionales del Tribunal y pueden aportar pruebas que, presentadas por las partes, serían extemporáneas.

ANTECEDENTES.—Los propietarios de una casa presentan demanda de desahucio alegando que los arrendatarios de los pisos primero y bajo, donde respectivamente vivían y ejercía su industria la mujer, habían cedido o subarrendado la vivienda y traspasado el local, o bien, subarrendado el conjunto, sin autorización ni conocimiento bastante de los propietarios; los demandados contestan que la persona que está ahora al frente de la industria es empleado de la mujer y presenta contrato de trabajo, recibo de contribución, etc.; el Juzgado absuelve. Apelan los propietarios y, en el acto de la vista, su Abogado presenta escritura privada de subarriendo firmada por el arrendatario y el supuesto empleado; para mejor proveer se acordó el reconocimiento de la firma por aquél, que negó ser la suya, y la prueba pericial que lo afirmó; la Audiencia revocó la sentencia y dió lugar al desahucio.

CONSIDERANDO: Que aunque el art. 863 de la Ley de Enjuiciamiento civil establece que sin necesidad de recibir el pleito a prueba podrán pedir los litigantes, desde que se les entreguen los autos para instrucción hasta la citación para sentencia, que se traigan al pleito o presentar ellos mismos documentos que se hallen en alguno de los casos expresados en el artículo 506 de la expresada Ley, como consecuencia de lo cual toda presentación de documentos que se haga por las partes después de dicho período es extemporánea, la Sala sentenciadora, al decretar la unión a los autos del documento privado a que se refiere el primer motivo del recurso, no lo hizo en reconocimiento de ningún derecho otorgado a la parte que lo presentó por ningún precepto procesal, sino haciendo uso de la facultad que a los Tribunales atribuye el artículo 340, número primero de la Ley de Enjuiciamiento civil; facultad que es discrecional en el Tribunal que la ejercita y contra la que no se da recurso alguno, como expresamente declara el último párrafo de dicho artículo.

CONSIDERANDO: Que la Sala sentenciadora, a la vista de dicho documento, cuya autenticidad reconoce, declara que en 12 de marzo de 1948, se celebró por el demandado don F. C. un contrato de subarriendo sobre la tienda de autos sin la autorización escrita de su propietario, y esta

afirmación sólo podría quedar desvirtuada demostrando, al amparo de la causa cuarta del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos urbanos, el manifiesto error en que dicha Sala incurrió al apreciar la prueba, acreditado por la documental o pericial obrante en autos; pero los documentos citados por el recurrente en el segundo motivo del recurso, en ninguno de los cuales ha intervenido el recurrido, no pueden perjudicarlo ni demuestran por su contenido el manifiesto error a que la expresada causa se refiere.

CONSIDERANDO: Que si bien el art. 1.225 del Código Civil declara que el documento privado reconocido legalmente tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que hubieran suscrito y sus causahabientes, esto no quiere decir que el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado, hecho por aquellos a quienes afecta, sea el único medio para probar su legitimidad, porque ello sería tanto como dejar subordinada a la voluntad de las partes la eficacia de un documento por ellas suscrito, y por eso negada por éstas la autenticidad de un documento de tal clase puede la parte a quien interese utilizar cuantos medios de prueba estime adecuados para demostrarla, como ha sucedido en el presente caso, en que negada por el recurrente la legitimidad de su firma, puesta al pie del citado documento, quedó demostrada por la prueba pericial, según reconoce la sentencia recurrida, por lo que no puede estimarse la infracción del citado artículo 1.225 del Código civil, que se denuncia en el tercer motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 30 JUNIO 1951

Arrendamiento urbano—resolución por cesión (1).

SENTENCIA 30 JUNIO 1951

Arrendamiento de industria—cuándo existe.

No obsta a la calificación del contrato de arrendamiento, como de industria, que ya ha hecho el Tribunal a quo, la circunstancia de que la industria en litigio no se halle en explotación al concertarse el arrendamiento.

Casación por infracción de Ley—error en la apreciación de la prueba—impugnación de la apreciación conjunta.

Al prescindirse en el recurso de los elementos auxiliares tenidos en cuenta por el Tribunal sentenciador para formar su criterio, es obvio que ha de prevalecer la interpretación del Tribunal sobre la del recurrente

(1) La sentencia no contiene doctrina legal alguna que se pueda generalizar.

Casación por infracción de Ley—error de hecho en la apreciación de la prueba—documento auténtico.

El documento que se discute no reviste el carácter de auténtico, porque no puede ser prueba de sí propio.

Casación por infracción de Ley—cuestiones de interpretación jurídica—cauce de alegación.

Las cuestiones de interpretación jurídica no pueden advenir a la casación por el cauce del núm.ero 7.º del art. 1.692 de la Ley procesal civil.

ANTECEDENTES.—El demandante había instalado un trinquete o local para juego de pelota, que empezó a funcionar en mayo de 1936. Al comenzar la revolución marxista huyó a la zona nacional, y los rojos se incautaron del negocio, que siguió funcionando durante la guerra. En abril de 1939 estuvo cerrado, pero, arrendado al demandando, con todos sus enseres, empezó a funcionar de nuevo en mayo de dicho año. Años más tarde, el arrendador solicitó el desahucio por falta de pago, utilizando el procedimiento previsto en la Legislación común. El arrendatario y demandado opuso la excepción de incompetencia de jurisdicción por entender que lo arrendado era sólo el local, siendo, por tanto, de aplicación la Legislación especial y correspondiendo conocer del litigio al juez comarcal. En ambas instancias se desestimó la excepción y se estimó la demanda. El demandado interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Indebida aplicación de los arts. 4 y 5 L. A. U. e inaplicación de la Ley del contrato y de los arts. 1.255 y 1.281 Código c.: Del contrato de arrendamiento y de los actos de los contratantes se deduce que lo arrendado fué sólo el local.

2.º Aplicación indebida de los artículos 1.124, 1.555, 1.569 y demás sobre arrendamientos del C. c.: como consecuencia de lo dicho en el motivo anterior.

3.º Abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción: correspondía conocer al Juez comarcal.

4.º Error de hecho y de Derecho en la apreciación de la prueba, con infracción de los arts. 1.218 y 1.225 C. c.

CONSIDERANDO: Que con base en estos hechos, conjugados con la valoración de los elementos probatorios aducidos al pleito, la Sala de instancia formula la declaración, que es fundamento del fallo recurrido, de que lo arrendado fué la explotación industrial del juego de pelota, compuesto del local trinquete y los elementos auxiliares y accesorios que integran dicha industria, y como consecuencia de tal declaración, teniendo en cuenta la norma de exclusión que constituye el artículo cuarto de la Ley especial sobre arrendamientos urbanos, texto articulado de tres de abril de mil novecientos cuarenta y siete, estima que son de indudable aplicación al caso los preceptos reguladores del contrato de arrendamiento consignados en el C. c., de conformidad con los cuales da lugar al desahucio por falta de pago, y contra aquella afirmación básica del Tribunal *a quo* levanta el recurrente el primer motivo de su recurso, al amparo

del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley procesal civil, encaminado a sostener la tesis contraria apoyado en un doble argumento escalonado en su defensa; en primer lugar, que según el contexto del contrato de arrendamiento que no hace alusión alguna a la supuesta industria de juego de pelota, lo arrendado fué sólo un local y en todo caso, aunque se tratara de la repetida industria, si bien existió con anterioridad al otorgarse el arrendamiento se hallaba cerrado el trinquete no recibió una industria en funcionamiento, sino un local y unos enseres a los que hubo de aplicar su personal actividad y esfuerzo para dar vida a lo que se hallaba inerte, denunciando por no haberlo así reconocido el juzgador la infracción del artículo mil doscientos ochenta y uno en relación con el mil doscientos cincuenta y cinco, ambos del C. c., que regulan la interpretación de los contratos y la libertad en su otorgamiento y consecuente obligación de los pactos convenidos, como igualmente los artículos cuarto y quinto de la repetida Ley especial, pero si se ponen frente a los de la sentencia recurrida los razonamientos del recurrente, se advierte sin esfuerzo que éstos carecen de eficacia, porque la Sala de instancia ha interpretado el contrato, no en la forma escueta y reducida a su propio texto literal, como lo hace el recurrente, sino mediante el examen de sus cláusulas, unas por otras, de los recibos en que consta el pago del alquiler que expresamente se refiere a la industria arrendada y de los hechos anteriores y posteriores al establecimiento de la relación arrendaticia, y al prescindirse en el recurso de estos elementos auxiliares de la formación del criterio, es obvio que ha de prevalecer la interpretación del Tribunal sobre la del recurrente, máxime cuando éste no ataca los hechos de los que aquél dedujo su juicio, demostrando el error evidente, en que hubiera incurrido, y por lo que respecta al segundo argumento en que se fundamenta la tesis de este primer motivo, esto es, que por haber permanecido cerrado el trinquete durante todo el mes de abril de mil novecientos treinta y nueve el arrendatario no recibió la industria arrendada en funcionamiento y por tanto no existió propiamente arrendamiento de industria, sino de local y enseres con los que el arrendatario ejerció su propia actividad industrial, tampoco puede ser tomado en consideración, porque es reiterada la Jurisprudencia de esta Sala que enseña que *no obsta a la calificación del contrato de arrendamiento, como de industria, que haya hecho el Tribunal a quo, la circunstancia de que la industria en litigio no se halla en explotación al concertarse el arrendamiento*, porque tal inactividad temporal no cambia su naturaleza, desde que conserva su estructura y propia finalidad, y en recta inteligencia el artículo cuarto de la repetida Ley especial, lo que se requiere es que la industria existiera con anterioridad, y esto no puede desconocerlo el recurrente por haber sido encargado o dependiente de ella, y que al otorgarse el contrato, el arrendatario hallándola creada en el mismo local con ella arrendado la ponga en funcionamiento con los elementos que se le entregan, aunque por su utilidad, ventaja o comodidad adicione alguno por su parte y concurriendo todas estas circunstancias en el caso presente, no ha incurrido la Sala sentenciadora en las infraccio-

nes que se le atribuyen y procede desestimar este primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que la desestimación del primer motivo del recurso produce ineludiblemente la de los segundo y tercero, porque se hallan formulados sobre el supuesto, que ha sido rechazado, de que el objeto del contrato de arrendamiento suscrito entre los litigantes fuese un local en el cual el arrendatario ejerciese su propia industria, es decir, lo que en el tecnicismo de la Ley especial se denomina local de negocio, mas no siendo así, carecen de pertinencia las infracciones denunciadas en ambos motivos.

CONSIDERANDO: Que en el cuarto y último motivo, al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento civil se acusa a la Sala sentenciadora de haber incurrido en error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, ya que atribuye a los contrayentes la intención de extender al negocio o industria la relación arrendaticia establecida para el local, cuando los términos claros del contrato en su sentido gramatical aparece que lo arrendado sólo fué el local y por ello la equivocación del juzgador se deduce del propio contrato, que es documento auténtico, y de igual modo se incide en error de hecho al afirmar que el arrendador entregó al arrendatario sin interrupción de tracto un negocio en actividad cuando la certificación del Ayuntamiento de G., que es documento auténtico y se aportó a los autos por el Juzgado mediante diligencia para mejor proveer, expresa que el trinquete estuvo cerrado al público en el mes de abril de mil novecientos treinta y nueve, pero si se advierte que uno y otro documento en su respectiva cualidad de privado y público, fueron objeto de examen y ponderación por el juzgador, con lo cual ya se infiere que no incurrió en el error de derecho de que se le acusa ni infringió los artículos mil doscientos dieciocho y mil doscientos veinticinco del C. c., siquiera la estimación que de aquéllos hizo no tuviera el sentido que quiere darles el recurrente, tampoco se hallan justificados los errores de hecho atribuidos, porque la certificación del Ayuntamiento de G., aparte de no tener la cualidad de documento auténtico a efectos de casación, no expresa cosa contraria a lo declarado en la sentencia recurrida, la cual no desconoce el hecho de la clausura del espectáculo en el mes de abril de mil novecientos treinta y nueve, lo que hace es afirmar que, no obstante la interrupción, la industria del juego de pelota se hallaba en disposición de ser explotada al otorgarse el contrato de arrendamiento, y por lo que respecta a la valoración del documento en que consta el referido contrato, ya es sabido que *por ser el mismo documento el que se discute no reviste el carácter de auténtico, porque no puede servir de prueba de si propio*, y lo que realmente plantea el recurrente con su razonamiento a *una cuestión de interpretación jurídica que no puede advenir a la casación por el caso del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley procesal civil*, como se hace en este motivo, que por ésta y las anteriores razones debe ser desestimado.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 30 JUNIO 1951

Casación de laudos de amigables componedores—limitación de las causas de recurso.

La infracción prevista en el núm. 3.º del art. 1.691 LEC, se refiere a la resolución por los amigables componedores de puntos no sometidos a su decisión y no a la forma como han hecho el estudio del asunto ni a la utilización de medios que no las hayan sido limitados.

ANTECEDENTES.—Los herederos del dueño de un negocio de automóviles de alquiler continuaron disfrutándolo proindiviso, encargándose dos de ellos de su administración. En virtud de la reclamación de otro de los herederos se acordó por escritura pública someter a juicio de amigables componedores varios puntos, entre ellos la determinación de los rendimientos realmente obtenidos en el negocio desde la muerte del causante, con la subsiguiente obligación de entregar a cada heredero la cantidad correspondiente. Los amigables componedores designados, dentro de plazo, emitieron laudo determinando tales rendimientos, para lo cual acompañaron dictamen pericial. Los herederos, a excepción de aquel cuya reclamación motivó el compromiso, interpusieron recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Unico.—Haberse resuelto por los amigables componedores como punto no sometido a su decisión el estudio de los rendimientos posibles del negocio, previo dictamen pericial, cuando lo sometido a ellos fué sólo los rendimientos efectivamente obtenidos, infringiéndose, por tanto, el art. 828, párr. 2.º, en relación con el 793, número 3.º LEC.

CONSIDERANDO: Que para fundar este recurso, con arreglo al núm. 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que se ha resuelto por el laudo puntos no sometidos a su decisión, se alega en su motivo único que los amigables componedores han hecho el estudio de los rendimientos posibles del negocio *en forma pericial*, cosa distinta de los rendimientos reales y ciertos, pero esta apreciación del recurrente no constituye el vicio que pretende, porque con ello no se han resuelto puntos distintos de los encomendados a su decisión, que es lo que según el citado artículo da lugar al recurso de casación, sino que únicamente atañe, y hasta lo menciona así el mismo recurrente, a la *forma* en que se ha hecho el estudio y utilizando medios que no se les había limitado, sino que por el contrario, interpretando como dice la sentencia de 9 de abril de 1941 en conjunto las cláusulas de la escritura de compromiso, hay que estimar que les están autorizados, pues al encomendar a unos Letrados en la cláusula C de esta escritura que **determinen si los bienes vendidos lo fueron en la forma y precio convenientes para los intereses comunes y correspondientes a un efectivo valor, se entiende que les autorizan para recabar la oposición de personas peritos en el negocio que se les somete, para determinar cuál era ese precio justo, y en todo caso el problema de los medios de estudio o investigación empleados es totalmente distinto del previsto en ese artículo 1.791 sobre los puntos a decir, fondo del laudo; y era necesario utilizar medios para dictar el lau-**

do por la carencia de datos que expresa el dictamen pericial sin que fuera preciso otra declaración más explícita sobre esa falta, como pretende el recurso, por no requerirle la escritura de compromiso, y con esta última alegación viene a reconocer el mismo recurrente la legitimidad del empleo de ese medio de ilustración o investigación no limitada a la formación del inventario y administración comprendida en el apartado d) de la escritura, porque las frases referentes a la peritación citadas anteriormente no se refieren únicamente a ese apartado, sino que por su concepto y por su colocación en el documento y los mismos términos del recurso atañen a todas las cuestiones objeto del compromiso, por lo que no se ha cometido la infracción invocada.

FALLO—No ha lugar.

SENTENCIA 2 JULIO 1951

Arrendamiento urbano—traspaso de local de negocio—requisitos.

La exigencia del art. 45 de la LAU, de que el arrendatario esté legalmente establecido con un año de antelación al traspaso, no puede identificarse con la circunstancia de que pague la correspondiente contribución (requisito de orden fiscal indiferente al nacimiento o extinción de derechos civiles), debiendo interpretarse más bien en el sentido de que el establecimiento se halle funcionando y abierto al público.

SENTENCIA 2 JULIO 1951

Arrendamiento urbano—resolución del contrato por negativa del arrendatario al aumento legítimo de rentas—efectos de la consignación.

Al arrendatario que impugnó el aumento legítimo de rentas no le es permitido usar de la consignación para impedir el desahucio, después de declarada judicialmente la procedencia de dicho aumento.

ANTECEDENTES.—El demandante arrendador aumenta un 40 por 100 del importe de la renta alegando que el piso arrendado tiene el carácter de local de negocios. El demandado se opone sosteniendo, después de reconocer que no vive en él, tratarse de un local destinado a vivienda. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y el demandado interponiendo recurso de injusticia notoria ante la Audiencia que lo desestima y declara resuelto el contrato. El demandado recurre al Tribunal Supremo basándose en los siguientes

MOTIVOS.—1.º Aplicación indebida del art. 131 de la LAU, que excluye la simultaneidad de la declaración de legitimidad del aumento de la merced arrendaticia y del desahucio.

2.º Infracción de los arts. 160, 161 y 166 LAU, y art. 8.º del Decreto de 24 de enero de 1947, regulador de la competencia en la Justicia municipal.

CONSIDERANDO: Que una y otra cuestión están ya fundamentalmente resueltas por dos sentencias de esta misma Sala, que llevan fecha ambas de 27 de junio de 1950, y conforme a ellas es incuestionable que la Ley de Arrendamientos urbanos concede al propietario, en el caso de que el inquilino se niegue a aceptar los aumentos legítimos de la renta, un derecho a acudir a los Tribunales para que previa la declaración de su legitimidad condene al inquilino a su pago, a no ser que optare el propietario, como lo ha hecho en este caso, para pedir la resolución del contrato, acción totalmente distinta de la nacida de la falta de pago de las rentas voluntariamente aceptadas por el arrendatario; acciones que deben ventilarse la primera ante el Juez de Primera Instancia, y la segunda ante el Juez municipal, siendo aplicable solamente, respecto de esta última, la posibilidad de enervar la acción de deshaucio mediante consignación de las rentas debidas, pero no en cuanto al primero de dichos casos porque sin duda el legislador ha querido distinguir el caso de que el arrendatario se oponga capichosamente a una justa elevación de la renta, expresamente facultada por la Ley de aquel en que por dificultades económicas no haya podido satisfacer la renta, y, siendo así, es claro que la resolución de la Sala de Instancia en cuanto declara legítimo el aumento del 40 por 100 de la renta, con respecto a un local de negocios, y por no haberse aceptado, el inquilino da lugar a la resolución del contrato de arrendamiento y estima competente para hacer estas declaraciones al Juzgado de Primera Instancia en el procedimiento adecuado; es perfectamente ajustado a la Ley y, por lo tanto, ninguno de los dos motivos en que el recurso se basa puede prosperar.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 3 JULIO 1951

Acumulación de autos en caso de quiebra—requisitos.

El proveído que decreta la acumulación no puede llevarse a efecto, ni por lo tanto cabe reclamar los autos (art. 174, LEC.), hasta que sea firme el auto de declaración de quiebra, según establecen entre otras las Sentencias de 20-VI-1908, 3-X-1931 y 7-VI-1932.

SENTENCIA 3 JULIO 1951

Legitimación activa.

La falta de legitimación activa del demandante es motivo suficiente para mantener el fallo absolutorio contra el cual se recurre.

ANTECEDENTES.—Se desprenden de los considerandos.

MOTIVOS.—Primeramente.—Fundado en él los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la LEC, por infringir el fallo recurrido por violación, el testamento; el art. 675 del C. c.; la Ley 14, título 42, libro 6.º del Código de Justiniano; la Ley 5.ª, título 33, libro 15 del Digesto y la Ley 69, párrafo 1.º de Legatis; Ley 96 del Digesto de Reg. Ju.; la 24 del mismo; la Ley 120 del Digesto de "verborum significatione", libro 50, título 2.º de "Sacrosantis Ecclesii"; Ley 69. Digesto, de "Legatis et fideicommissis", título único, libro 32 y Novela 1.ª de Justiniano; incide, además, en error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción de los artículos 1.216 y 1.218 del C. c., y error de hecho, resultante de documentos auténticos que demuestran la evidente equivocación del juzgador.

Segundo.—Fundado en el número 1.º del art. 1.692 de la LEC, por infracción por aplicación indebida del art. 1.252 del C. c., al haber aceptado, lo mismo que el Juzgado de Primera Instancia, la excepción de cosa juzgada.

Tercero.—Fundado en el número 1.º del art. 1.692 de la LEC. Por infringir la Audiencia de B., en el fallo recurrido, por violación y falta de aplicación, las Leyes 26 del Digesto "De legatis et fideicommissis", título único, libro 32; Ley 22, párrafo 3.º del Digesto, "Ad Senatus Consultus Trebelianum", título 1.º, libro 36; y Ley 15, Digesto de "Annuis legatis et fideicommissis", título 1.º, libro 33.

CONSIDERANDO: Que es tema fundamental del recurso la investigación del pensamiento que presidió la formación del testamento otorgado por don S. R. S., al efecto de precisar si quiso instituir heredero a su hijo, don J. R. M., puramente y con facultad, por lo tanto, de disponer libremente de los bienes hereditarios, una vez que le sobrevivió y entró en posesión de la herencia—tesis de la sentencia recurrida—, o si, en otro caso, lo instituyó heredero fiduciario, con obligación, por consiguiente, de conservar dichos bienes y transmitirlos a su fallecimiento, sin descendencia, a su hermana, doña M. L., y por premoriencia de ésta respecto del fiduciario, al hijo de aquélla, don B. D. R., de quien trae causa por cesión de derecho de su hermano don J., demandante en este pleito—tesis del recurso.

CONSIDERANDO: Que los términos literales del testamento, tal como se transcriben sin discusión en los escritos de los litigantes y en el Considerando segundo de la sentencia recurrida, revelan claramente que el testador "instituyó herederos universales a los hijos varones que pudiera tener, no a todos juntos, sino a uno después de otro, con preferencia de mayor a menor, y sólo a falta de hijos varones nombró heredera universal a su hija doña M. de L. y a sus hijos, sustituyéndola, si muriese sin hijos o con tales que ninguno llegase a la edad de testar, por sus otras hijas y sus hijos, lo que implica multiplicidad de llamamientos determinantes de distintas formas de institución y sustitución, caso de que tuviera hijos varones, entre los cuales se daría la sustitución fideicomisaria pura por el orden sucesivo e incondicional en que fueron nombrados; surgiendo un llamamiento condicional en favor de la mayor de las hijas y de sus hijos, puesto que sólo heredaban a falta de hijos varones, y una sustitución fideicomisaria condicional en favor de sus otras hijas y sus hijos, que habrían de adquirir la herencia si su hermana mayor *sine liberis decederit*; pero todos estos llamamientos sucesivos no pasaron de meras expectativas de derecho hereditario, que se esfumaron o no llega-

ron a consolidarse como derecho efectivo, porque el testador tuvo un solo hijo varón que le sobrevivió y entró en la posesión de la herencia, y por lo tanto, no pudieron sustituirle otros hijos varones, que no los tuvo el causante, ni pudo ser heredera la hermana mayor, llamada a la sucesión en el supuesto, que no se ha dado, de la inexistencia de hijo varón, preferentemente instituido sin limitación alguna y, más en concreto, sin la obligación de conservar y transmitir la masa hereditaria a su hermana; por lo que es indudable que el único varón fué heredero puro con libertad de disposición de la herencia por actos *inter vivos* a *mortis causa*, y el llamamiento de las hermanas no llegó a nacer a la vida del derecho, porque no se cumplió la condición suspensiva—inexistencia de hijo varón—de la que dependía la adquisición de un derecho perfecto a la sucesión del causante—artículo 791, en relación con el 1.114 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que no desvirtúa la argumentación precedente la circunstancia de que el testador, después de haber hecho la institución de heredero en la forma expresada, ordeñase que si cualquiera de sus hijos muriera dejando hijos que llegaren a la edad de testar sucederían éstos en lugar y representación de su padre o madre *premuertos*, pues al establecer el derecho de representación en favor de sus nietos, con previsión innecesaria respecto de los que fueran descendientes de sus hijas, ya llamados expresamente o puestos en disposición por la cláusula institucional mencionada en el Considerando segundo, quiso el causante agotar los medios de aseguramiento de sucesor testamentario, y al efecto dispuso que si su hijo heredero le premuriera dejando hijos, éstos quedarían subrogados en los derechos del padre premuerto, heredando al testador cual si aquél le hubiera sobrevivido, por lo que la referida cláusula de representación es perfectamente conciliable con el llamamiento preferente del hijo varón del causante y conciliable también, en su caso, con la extinción de las sustituciones ordenadas.

CONSIDERANDO: Que es intrascendente en este pleito el hecho de que el testador haya excluido de la herencia a cualquiera de sus hijos si fuera ordenado sacerdote, o demente, o con alguna otra incapacidad legal, ya que no tuvo realidad ninguno de estos acaecimientos.

CONSIDERANDO: Que si, pues, don J. R. M. fué heredero universal de su padre, don S., sin limitación alguna respecto de la libre disposición de los bienes hereditarios y, por lo mismo, no llegó a nacer el derecho de las hijas y nietos del testador a la sucesión de éste, obvio es que el demandante, cesionario de los derechos de su hermano mayor, hijos ambos de la doña M. L. R. M., carece de legitimación para actuar como actuó en este pleito, cual si hubiera llegado a ser heredero de su abuelo, y, en consecuencia, procede desestimar el primer motivo del recurso, que denuncia la infracción del artículo 675 del C. c. y disposiciones del Código de Justiniano y del Digesto y doctrina jurisprudencial, para mantener la tesis de que don J. R. fué heredero fiduciario y a su fallecimiento sin hijos debió hacer tránsito la herencia al actor recurrente como primer sustituto fideicomisario, una vez premuerta su madre al fiduciario.

CONSIDERANDO: Que la falta de legitimación activa del demandante es motivo suficiente para mantener el fallo absolutorio contra el cual se recurre, sin necesidad de examinar el tema referente a si la Sentencia de 3 de abril de 1903, dictada en pleito promovido por don J. R. contra su hermana doña M. L., madre del actor, reviste para éste la autoridad de cosa juzgada, pues aunque procediera desestimar la excepción acogida en la instancia, según propugna el segundo motivo, porque el ahora demandante no actuó como causahabiente de su madre, vencida en aquel pleito, sino como causahabiente del testador, faltando así la identidad de persona exigida por el artículo 1.252 del C. c., párrafos primero y último, carceraría de viabilidad la acción que se ejercita sobre la base inexacta de que el demandante es heredero de su abuelo, y como el tercero y último motivo se formula por derivación o consecuencia de la estimación del primero, que no prospera, procede la desestimación del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 7 JULIO 1951

Beneficio de pobreza—requisitos—litigar derechos propios.

No procede conceder el beneficio de pobreza al socio de una Cooperativa que ejercita una acción reivindicatoria nacida de un derecho que cedió a ésta.

ANTECEDENTES.—Se entabla incidente de declaración de pobreza por don F. F. M. para litigar con los dueños de la "Casa C." y titulares de la patente "G. M.", los que en 1937 cedieron a sus empleados el negocio, haciéndose cargo de él de nuevo cuando se liberó V. Los empleados en 1938 constituyeron una Cooperativa, y en la actualidad individualmente pretenden reivindicar sus derechos. Se deniega la declaración por juzgarse improcedente la acción y se interpone recurso de casación por los siguientes

MOTIVOS.—Primero.—Aplicación indebida del artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo.—Al amparo de los números primero y tercero del art. 1.692 de la Ley de Trámites, por entender que la sentencia no es congruente con las pretensiones deducidas por los litigantes y contener más de lo pedido, haciendo declaraciones en materia totalmente ajena a la cuestión debatida en el pleito.

CONSIDERANDO: Que es axioma jurídico consagrado por la jurisprudencia de esta Sala que las afirmaciones hechas en las sentencias recurridas constituyen verdades indiscutibles a los efectos de la casación cuando no han sido impugnadas con eficacia por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la LEC.

CONSIDERANDO: Que por lo antes expuesto hay que aceptar como hechos probados las declaraciones consignadas por la Audiencia de V., en el fundamento primero de la sentencia recurrida de 29 de febrero de

1949, denegatoria del beneficio de pobreza solicitado por don F. F. M. "de hallarse completamente justificado en el presente caso por el conjunto de la prueba practicada en autos, principalmente por la certificación obrante al folio 77 y siguientes, que el actor forma parte integrante con otros 56 antiguos empleados y dependientes de la casa, del grupo de cesionarios a quienes don P. P. M., en nombre propio y en representación de sus hijos don P., don J. y don L. P. M. hubo de ceder sus negocios mediante documento privado de fecha 24 de abril de 1937 y escritura pública de 27 del propio mes y año, constituyéndose entonces por los cesionarios, según se desprende de la mencionada certificación, la titulada "A. C. C. A. C."; y más tarde, a partir del 4 de enero de 1938, en que fueron aprobados por el Ministerio de Trabajo los Estatutos, en "C. M. A. C. C."; y al solicitarse en la demanda el beneficio legal de pobreza para litigar en juicio declarativo de mayor cuantía sobre reivindicación de la industria mercantil conocida bajo la denominación "C. C." y de la patente "G. M.", cuyas declaraciones no han sido impugnadas en el escrito de interposición de este recurso, por ello se impone partir de esas bases para la resolución del mismo.

CONSIDERANDO: Que, en su consecuencia, *si bien es de estimar como hecho cierto que los 57 dependientes hijos, entre los que se cuenta el recurrente, don F. F. M., adquirieron, por el escrito privado de 4 de abril de 1937 y escritura pública de 27 del propio mes y año, la propiedad de la industria cedida por el señor P., objeto principal de estas actuaciones, no lo es menos que al constituir los mismos con dicha industria las Cooperativas antes indicadas, se desposeyeren de aquel derecho individual, perdiendo con dicho acto aquel derecho individual que les hubiera habilitado para ejercitar la acción reivindicatoria, objeto de la demanda principal, que en último caso sólo hubiera podido ejercitar la Cooperativa que constituyeron, razón por la cual no puede estimarse que al hacerlo el recurrente lo hiciera en defensa de un derecho propio, imponiéndose, por tanto, la denegación del beneficio legal de pobreza solicitado a tal fin con arreglo a la establecido en el artículo 20 de la LEC. y declarar no haber lugar al recurso de casación entablado contra la sentencia recurrida con todos los pronunciamientos de ley.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 18 SEPTIEMBRE 1951

Competencia territorial—compraventa mercantil.

De acuerdo con el art. 62, regla 1.ª, de la LEC., la competencia para conocer de la acción reclamando el pago de la mercancía corresponde al Juzgado del lugar designado para dicho pago, y con más motivo si coincide con el lugar de entrega de la cosa y el del establecimiento del vendedor.

SENTENCIA 18 SEPTIEMBRE 1951

Cuestiones de competencia—principio dispositivo.

Según tiene declarado esta Sala, las cuestiones de competencia han de decidirse partiendo de las alegaciones de las partes y de los documentos presentados por las mismas.

Competencia territorial—acciones de origen contractual—fuero del lugar del comienzo de la ejecución.

A tenor de reiterada doctrina de esta Sala, el lugar en que el contrato ha tenido efecto para alguna de sus obligaciones es el propio para exigir el cumplimiento de las demás derivadas del mismo.

SENTENCIA 22 SEPTIEMBRE 1951

Compraventa mercantil—lugar de cumplimiento.

Con base en el art 338 del C. de c., se ha establecido la presunción, que admite prueba en contrario, de estimar entregadas las cosas objeto del contrato en el lugar en que se facturaron o embarcaron para remitirlas a localidad distinta.

Competencia territorial—compraventa mercantil.

El fuero competente es el del lugar donde la compraventa tuvo cumplimiento, total o parcial.

SENTENCIA 22 SEPTIEMBRE 1951

Competencia territorial—principio de prueba.

No puede tomarse en consideración para resolver la competencia los pactos de un contrato cuando el demandado niega su participación en el mismo y no hay en las actuaciones que obran en el Tribunal el menor principio de prueba para estimar que así sea.

Competencia territorial—acciones personales—pluralidad de demandados.

Según la regla 1.^a del art. 62 de la LEC., a falta de determinación suficiente de cuál sea la causa de pedir contra uno de los demandados, debe estimarse competente para conocer de esta reclamación el Juzgado de su

domicilio; pero esto no implica privar de su fuero al actor en lo que respecta a las acciones ejercitadas frente a los restantes demandados que no se opusieron a dicho fuero.

Acumulación de acciones—requisitos.

No apareciendo de lo actuado que exista solidaridad entre las obligaciones cuyo cumplimiento se reclama, ni que nazcan éstas del mismo título, ni exista una misma razón de pedir, no son acumulables las acciones.

SENTENCIA 25 SEPTIEMBRE 1951

Compraventa mercantil—lugar de cumplimiento.

En las ventas mercantiles se presume entregado el género en el establecimiento del vendedor.

Competencia territorial—giro bancario—significado.

El giro bancario, cuando no se pactó expresamente en el contrato como medio de cobro, es una simple facilidad para el pago que no altera la competencia.

SENTENCIA 29 SEPTIEMBRE 1951

Defectos procesales—falta de notificación—subsanación.

De acuerdo con el art. 279, párrafo 2.º de la LEC., el acto judicial no notificado se considerará válido y surtirá todos sus efectos a partir del momento en que la parte litigante, interesada en la diligencia viciosa, se dé por enterada de que su contenido ha tenido realidad.

Recurso de nulidad de actuaciones—carácter extraordinario.

Es necesario, para promover un recurso de nulidad de actuaciones, haber agotado previamente todos los recursos ordinarios que pudieron ser interpuestos y no fueron utilizados, pues el silencio implicó conformidad tácita e imprimió autoridad de cosa juzgada a lo resuelto, según norma contenida en el art. 408 de la LEC.

SENTENCIA 3 OCTUBRE 1951

Casación por infracción de Ley—requisitos—alegación del concepto de la infracción.

Cuando en los motivos que integran el recurso se citan los preceptos legales y doctrina que el recurrente cree infringidos, pero no se expresa el concepto en que aquel supone cometidas las infracciones que apunta sin referir con claridad su concurrencia a los fundamentos del fallo recurrido, falta el requisito formal impuesto por el art. 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento civil y constituye la causa de inadmisión que señala la misma en el núm. 4.º de su art. 1.729 y que privando de viabilidad al recurso lo hace desestimable en el fondo.

SENTENCIA 5 OCTUBRE 1951

Compraventa mercantil—lugar de cumplimiento.

Con arreglo al art. 1.500 del Código civil el lugar de cumplimiento de la compraventa mercantil es, salvo pacto en contrario, el del establecimiento del vendedor.

Competencia territorial—compraventa mercantil.

A tenor de lo establecido en el art. 62, regla 1.ª, de la LEC., es Juez competente para conocer acciones personales dimanantes de compraventa mercantil, a falta de sumisión expresa o tácita a otro determinado, el del lugar cumplimiento del contrato.

SENTENCIA 5 OCTUBRE 1951

Casación por quebrantamiento de forma—incompetencia de jurisdicción—ámbito del recurso.

Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, el recurso de casación por quebrantamiento de forma fundado en el núm. 6.º del art. 1.693 de la LEC., solamente es viable cuando siendo de naturaleza civil la cuestión debatida se discute la preferencia entre Juzgados y Tribunales de igual grado dentro de la jurisdicción ordinaria para conocer de la litis entabada, es decir, cuando trate de aquella atribución de competencia jurisdiccional que se halla regulada en el libro 1.º, título 2.º de la Ley procesal civil.

SENTENCIA 5 OCTUBRE 1951

Irretroactividad del capítulo XI de la LAU.

Conforme a la Disp. trans. 13.ª de la LAU., el capítulo XI de dicho cuerpo legal no tiene efecto retroactivo.

Recurso de injusticia notoria—error en la apreciación de la prueba—impugnación de la apreciación conjunta.

La apreciación conjunta de la prueba no puede ser impugnada desarticulando algunos de sus elementos y prescindiendo de los demás.

SENTENCIA 6 OCTUBRE 1951

Competencia territorial—acciones personales.

Ejercitada acción personal sin que se acredite la existencia de un contrato, procede decidir la competencia en favor del Juez del domicilio del demandado.

SENTENCIA 6 OCTUBRE 1951

Irretroactividad del capítulo XI de la LAU.

Conforme a la Disp. trans. 13.ª de la LAU., el art. 149, al estar comprendido en el Cap. XI de dicho cuerpo legal, carece de alcance retroactivo.

Recurso de injusticia notoria—error en la apreciación de la prueba—alegación de la prueba infringida.

Para que prospere el recurso de injusticia notoria por error en la apreciación de la prueba, es preciso citar la prueba documental o pericial en que necesariamente ha de fundarse.

SENTENCIA 6 OCTUBRE 1951

Aprovechamientos comunes de pastos, leñas y productos forestales—naturaleza.

Los aprovechamientos en común de pastos, leñas u otros productos forestales, pueden suponer una comunidad de bienes definida en el artículo 392 del C. c., o un derecho real de servidumbre, regulado en los ar-

títulos 600 y siguientes de dicho cuerpo legal, e incluido en la categoría de las servidumbres personales del art. 531 del C. c.

Casación por infracción de Ley—calificación de conceptos jurídicos—vía de impugnación.

El error en la calificación de un concepto jurídico, en que incurra el juzgador de instancia, es impugnabile por la vía del núm. 1.º, y no por la del núm. 7.º del art. 1.692 de la LEC.

ANTECEDENTES Y MOTIVOS.—Véanse los Considerandos.

CONSIDERANDO: Que según el primer motivo del recurso, de la concordia que fué otorgada por los pueblos de H. y T., en 11 de agosto de 1948, “se desprende que el derecho en dicho documento definido y reclamado por el último” de los citados pueblos es un derecho real que afecta directamente a la propiedad del monte, pero no un derecho de servidumbre, el cual supone la existencia de un predio sirviente que no resulta de dicho documento, pero la calificación de tal derecho es un concepto jurídico y el supuesto error en que la Sala sentenciadora pudiera haber incurrido al deducir de los términos del documento aludido dicho derecho de servidumbre podría constituir un error en la interpretación de un contrato, impugnabile al amparo del núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y fundado en la infracción de los arts. 1.282 al 1.289 del C. c.; pero no puede ser combatido como error de hecho en la apreciación de la prueba resultante del documento auténtico demostrativo de la equivocación evidente del juzgador, al amparo del núm. 7.º del texto procesal citado, cuya aplicación exige la contrastación entre los hechos que se declaran en la sentencia y los contenidos en el documento o acto auténtico que se invoquen, y solamente cuando estos expresasen lo contrario de las afirmaciones de hecho de la sentencia podría prosperar el recurso de casación fundado en el precepto en que se ampara el primer motivo del recurso, pero tal contradicción no ha sido alegada por el recurrente, faltando la base en que habría de fundarse para poder ser estimado el expresado motivo.

CONSIDERANDO: Que conforme ha declarado la jurisprudencia de esta Sala en sus sentencias de 11 noviembre 1892, 4 octubre 1930 y 18 febrero 1932; el derecho al disfrute de los pastos, leñas u otros productos forestales utilizado por diversidad de personas o entidades sobre una misma finca, puede ser constitutivo de la comunidad de bienes, definida en el artículo 392 del Código civil y regulada en los inmediatos subsiguientes, o integrar una limitación del dominio constitutivo del derecho real de servidumbre, definido en el artículo 531 del citado Código, y desenvuelto en los preceptos normativos de esta institución contenidos en el propio cuerpo legal, especialmente en sus artículos 600 a 604, siendo la característica y esencial diferencia que distingue a ambas instituciones la si-

tuación de copropiedad en que se hallan constituidos los comuneros en el disfrute de los aprovechamientos de la finca, en el primer caso, y la exclusiva propiedad del inmueble en una sola de las diferentes entidades que disfrutaban en común dichos aprovechamientos; en el segundo, y por virtud de estos principios, ha de estimarse la no existencia de la comunidad de bienes siempre "que por modo claro e indiscutible conste hallarse declarada y reconocida a favor de una sola personalidad la propiedad exclusiva de la finca, cuyos pastos, leñas u otros productos se hallen disfrutados por pluralidad de entidades, puesto que desapareciendo la propiedad sólo queda el derecho real de servidumbre limitativo" del dominio, sin que haya términos hábiles para calificar de otro modo tal disfrute por no existir en nuestra legislación la figura jurídica que pudiera en su caso atribuírsele, y muy principalmente por "ser el concepto legal" expresado "el que reconoce el vigente Código civil", llamando "servidumbre a la comunidad de pastos" en sus arts. 600, 602 y 603.

CONSIDERANDO: Que en la demanda se solicita que se declare el derecho del común de vecinos de T. a pastar sus ganados en el monte R., haciéndose constar por el actor de una manera expresa, lo mismo en la demanda que en la réplica "que no ejercita ninguna acción referente a la propiedad" del monte, la que se reserva para otro procedimiento, con lo cual resulta que la acción ejercitada "no es la acción reivindicatoria de los pastos poseídos" por el demandante en común con el demandado, fundada en el condominio ni la Sala sentenciadora podría declararlo así sin incurrir en incongruencia, y esto establecido, la acción que se ejercita tiene que calificarse de una acción confesoria de servidumbre de pastos cuyo carácter tiene el derecho reclamado, toda vez que dicho monte figura en el catálogo de la provincia inscrito a favor de H., inscripción que data, según la certificación correspondiente, desde 1901 se han venido asignando a dicho pueblo los aprovechamientos de manera oficial, y se halla inscrita la posesión en el Registro de la Propiedad, a nombre del mismo, desde el 8 de julio de 1929, sin que en tal inscripción aparezca que la finca esté afecta a ninguna carga o gravamen, circunstancias todas que han servido a la Sala sentenciadora para considerar a la entidad demandada como propietaria del monte y para "declarar que el derecho reclamado por la actora solamente puede ser estimado como una servidumbre de pastos al que le convienen" los caracteres de las servidumbres personales "a que se refiere el artículo 531 del Código civil", que ha sido debidamente aplicado lo mismo que el 546 del propio cuerpo legal; en cuando la sentencia recurrida declara que el pueblo T., no ha usado de dicho derecho de servidumbre durante más de veinte años, ni ha ejercitado en tal tiempo acción alguna para reclamarlo, por lo que ha quedado extinguido conforme al número segundo del último de los citados textos legales, procediendo por lo expuesto la desestimación de los motivos segundo y tercero del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 6 OCTUBRE 1951

Arrendamiento de industria de espectáculos.

El hecho de que el arrendatario costara la instalación de un cine en el local, no excluye que lo arrendado fuera una industria de espectáculos distinta del cinematógrafo.

ANTECEDENTES.—Una asociación de tipo cultural arrienda su sala de espectáculos. Al terminar el plazo demanda al arrendatario la resolución del contrato del arrendamiento que califica de industria. El demandado opone que sólo se arrendó un local, pues él tuvo que instalar todo el utillaje para proyección cinematográfica. El Juzgado absuelve de la demanda y la Audiencia revoca esta Sentencia. Se interpone recurso de injusticia notoria por los siguientes

MOTIVOS.—1) Causa 3.ª del artículo 173 de la LAU.: Aplicación indebida de los artículos 4.º y 6.º de la mencionada Ley e inaplicación de los artículos 1.281 y 1.282 del C. c. y las S. T. S. de 13 de marzo y 3 de mayo de 1943, 7 de diciembre de 1945 y 23 de mayo de 1946; igualmente inaplicación de los arts. 5.º y 70 de la LAU. y de las S. T. S. de 3 de junio de 1944, 16 de mayo de 1947, 15 de marzo, 15 de abril y 8 de julio de 1948, y la de 21 de abril de 1949.

2) Causa cuarta del art. 173 de la LAU. por manifiesto error en la apreciación de la prueba documental.

CONSIDRANDO: Que arrendada en el contrato una sala de espectáculos, sin determinar de qué clase; inventariados en documento aparte y entregados al arrendatario como comprendidos en el arrendamiento, elementos suficientes para alguno de ellos y estimado probado en la sentencia recurrida que la entidad actora “tenía anteriormente organizada con la misma finalidad” la explotación de la Sala de espectáculos arrendada, en nada contradicen los documentos indicados el hecho de esa anterior explotación, ni la calificación de industria atribuida a lo arrendado por dicha sentencia.

CONSIDERANDO: Que ni en el párrafo 16 de la demanda se reconoció que se hubiese arrendado al demandado sólo un local destinado a espectáculos, pues todo él se dedica a argumentar la tesis contraria de haberse alquilado una industria, ni el reconocimiento de que la instalación de cine en el local arrendado se haya costado por el arrendatario arguye nada contra tal tesis, porque según el contrato no se alquiló expresamente para cine, sino para espectáculos sin determinar cuales; ni tiene significación alguna, al efecto, que el demandado sea empresa, como lo es en concepto de arrendatario de la del arrendador; de todo lo cual, se deduce la improcedencia del recurso por sus dos causas.

CONSIDERANDO: Que no impugnados en el recurso, por causa alguna, ni el juicio de la sentencia recurrida sobre la necesidad para la arrendadora de la industria arrendada, ni la estimación en la misma sentencia de los hechos que deduce la necesidad, faltaría en cualquier caso, fuese lo arrendado local de negocio o industria de espectáculos, causa para modificar la resolución recurrida por quedar en pie la estimación hecha en ella de

la realidad de la causa de excepción a la prórroga obligatoria del arrendamiento, lo que sería bastante para desestimar el recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 OCTUBRE 1951

Casación por infracción de Ley—acatamiento de las apreciaciones de hecho no impugnadas debidamente.

Procede la desestimación del recurso si sobre la base de los hechos que el Tribunal "a quo" estima probados no se dan las infracciones denunciadas, y no se impugnan eficazmente tales hechos.

SENTENCIA 11 OCTUBRE 1951

Casación por infracción de Ley—resoluciones no definitivas.

No es definitivo el auto de una Audiencia confirmatorio de otro del Juzgado por el que se admitió a trámite una tercería de dominio y se mandó suspender procedimiento por un plazo determinado.

SENTENCIA 16 OCTUBRE 1951

Compraventa mercantil—por medio de comisionistas—efectos del pago directo al vendedor.

En virtud de la mediación de los comisionistas, no se estableció de modo directo vínculo contractual alguno entre actor y demandado en el negocio de compraventa mercantil, pero al reclamar el importe de la misma el actor directamente al demandado mediante las cambiales que obran en autos y ser abonada, por este último, parte de su importe, sin hacer observación alguna respecto a la personalidad del librador, vino a producirse un nexo jurídico recíproco entre ambas partes que determina la posibilidad de ejercitar directamente frente al comprador la acción de pago del resto del precio.

Compraventa mercantil—lugar de cumplimiento.

Tratándose de una acción personal de reclamación de parte del precio de compraventa mercantil sin que se haya hecho constar el lugar de entrega de la mercancía, ni aparezca pacto alguno sobre el sitio en que hubiera de efectuarse el pago de ésta, ha de estarse a la presunción jurisa-

prudencial de suponerse entregada la mercancía en el establecimiento mercantil del vendedor, lugar, por tanto, del cumplimiento de la obligación de pago reclamada, a tenor del art. 1.500 del C. c.

SENTENCIA 17 OCTUBRE 1951

Confesión judicial—apreciación.

La confesión no tiene preferencia sobre los demás medios de prueba, y debe apreciarse en relación con ellos.

Juicio de desahucio—limitación del conocimiento judicial—alcance.

La jurisprudencia sobre el juicio de desahucio no impide dilucidar dentro de dicho juicio extremos que aparezcan vinculados a la relación que se trata de extinguir y que constituye en algún aspecto supuesto obligado de los pronunciamientos de la sentencia.

ANTECEDENTES.—La demandante, arrendataria del local de un horno y dueña de los enseres que se utilizan en su industria por haberlos adquirido en compraventa del dueño del local, interpone juicio de desahucio contra la viuda de su hijo alegando la existencia de un subarriendo verbal entre ella y su hijo difunto. La demandada alega que el propietario del negocio, por habérselo traspasado a él el dueño era el hijo, y que el precio de la compraventa no fué más que una entrega de dinero en préstamo exigiendo que la escritura pública se otorgase a su nombre. El Juzgado, después de practicadas las pruebas desestima la demanda. La Audiencia revoca la sentencia en todas sus partes y se interpone recurso de casación por los siguientes

MOTIVOS.—1.º Amparado en el núm. 7.º del art. 1.692 por error de hecho en la apreciación de la prueba.

2.º Amparado en el mismo precepto por error de derecho con violación del artículo 1.232 del C. c. y el párrafo segundo del artículo 580 de la LEC.

3.º Fundado en el número primero del artículo 1.692, por inaplicación de la doctrina legal contenida en las sentencias de primero de julio de 1897, 1 julio de 1903, 1 julio y 26 agosto de 1909 y 12 febrero de 1927; 8 de abril de 1914, 6 de julio de 1899, 13 de junio de 1900, 2 de diciembre de 1904 y 26 de octubre de 1908, 24 de noviembre de 1940 y 21 de junio de 1945.

4.º Fundado en el mismo número por inaplicación indebida de los artículos 1.564 y 1.565 de la Ley de trámites.

CONSIDERANDO: Que afirmado por el Tribunal de Instancia que el local donde la industria funciona es poseído en arrendamiento por la recurrida, la cual paga una renta al propietario, y afirmado igualmente en la sentencia que los muebles y enseres integrantes del horno de que se trata pertenecen también a aquélla, no puede entenderse que existe en la apreciación de la prueba error de hecho que denuncia el motivo pri-

mero del recurso, pues a medio de la escritura de 9 de septiembre de 1946 no solamente se otorgó la compraventa de dichos muebles y enseres, como el indicado motivo sostiene, sino que además se convino por los contratantes que la planta baja donde se halla instalado el horno habría de quedar antes del día 22 del citado mes a disposición de dicha recurrida en el motivo cuarto de los invocados, que también se halla otorgado a favor de esta última el contrato de arriendo del local donde la industria tiene su asiento, es indudable que carecen de base las alegaciones formuladas en dicho motivo, el cual sostiene que el traspaso del local fué hecho al marido de la recurrente, y no cabe, por tanto, apreciar que el fallo hace indebida aplicación de los arts. 1.564 y 1.565 de la Ley procesal, imponiéndose, en consecuencia, la desestimación de los dos citados motivos.

CONSIDERANDO: Que demostrada la propiedad de la demandante sobre los muebles y enseres antes mencionados, acreditado, además, el carácter de arrendataria que a la misma asiste respecto al local donde se halla instalada la industria y apareciendo que tal industria vino siendo explotada por el difunto marido de la recurrente, y una vez fallecido él continúa la explotación su viuda, consta en los autos que ésta hace periódicamente la consignación de unos alquileres a favor de aquélla, la cual ha aceptado las cantidades consignadas, extremos todos de los que el fallo deduce la existencia de un subarriendo, conclusión frente a la cual el motivo segundo del recurso sostiene que el Tribunal sentenciador incide el admitirla en error de derecho en la apreciación de la prueba con infracción de los artículos 1.232 del Código civil y 580 de la Ley Procesal, por cuanto la demandante, al absolver posiciones, negó la existencia del subarriendo y manifestó que su finado hijo era un empleado a las órdenes de ella; pero ante la realidad indiscutible de las aludidas consignaciones hechas por la recurrente, la explotación de la industria por la misma, desde el fallecimiento de su marido, y la aceptación por la recurrida de las cantidades consignadas no puede apreciarse la existencia del acusado error, ya que declarado por la doctrina de esta Sala que la confesión no tiene preferencia sobre los demás medios de prueba y debe apreciarse en combinación con los demás, al parecer demostradas, de una parte aquella explotación por persona distinta de la arrendataria del local y propietaria de los muebles y enseres integrantes de la industria y, de otra parte, las consignaciones periódicamente realizadas por la primera a favor de la segunda de unos alquileres que ésta acepta; no puede menos de admitirse la realidad del subarriendo que el fallo de instancia da por existente, y si bien es verdad, como sostiene el motivo tercero, que con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala el juicio de deshaucio excluye normalmente la posibilidad de que en él se discutan y declaren derechos más o menos controvertibles, también es innegable que, como declaró la Sentencia de 20 de mayo de 1946, la indicada doctrina no impide dilucidar dentro de dicho juicio extremos que aparezcan vinculados a la relación que se trata de extinguir y que constituyan en algún aspecto supuesto obligado de los pronunciamientos de la

sentencia, consideraciones las expuestas que impiden sean estimados los motivos segundo y tercero del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

AUTO 22 OCTUBRE 1951

Casación por infracción de Ley—admisibilidad—alegación del concepto de la infracción.

Para que los recursos de casación por infracción de ley sean admisibles, es necesario, de acuerdo con los arts. 1.720 y 1.729, núm. 4.º, de la LEC., que se consigne en los escritos interponiéndolos, no sólo la cifra genérica del art. 1.692 que los autoriza, sino el párrafo del mismo en que se hallen especialmente comprendidos.

SENTENCIA 24 OCTUBRE 1951

Contratos—efectos de la declaración de nulidad.

La declaración de nulidad de un contrato lleva consigo como consecuencia general y lógica la necesidad de que todas las cosas objeto del mismo vuelvan o tornen al estado que tenían al tiempo de celebrarse.

Recurso de revisión—incongruencia—cuándo existe.

No puede estimarse como incongruencia la sentencia que concede menos de lo pedido, admitiendo en todo o en parte alguna de las peticiones de la demanda y rechazando las demás.

Recurso de revisión—requisitos—impugnación del fallo.

El recurso de revisión como el de casación sólo procede contra la parte dispositiva de la sentencia sin que por lo tanto se puedan combatir los considerandos cuando no constituyen premisa obligada del fallo.

ANTECEDENTES.—Arrendada una finca en 1938, falleció en 1943 el arrendador, dejando viuda y varios hijos. El 30 de septiembre de 1945, estando la herencia indivisa, la viuda vendió la finca a los arrendatarios, venta que fué después declarada nula por no pertenecer la finca a la vendedora, ya que no se había hecho la partición. En ejecución de sentencia, fueron los compradores desalojados de la finca, haciendo constar ellos que se reservaban las acciones civiles y criminales pertinentes. Hecha la partición del arrendador, se adjudicó la finca a la viuda, y ésta la vendió a otra señora. Asimismo, en ejecución de la sentencia de nulidad, los compradores hubieron de pagar a la viuda el importe de los frutos

de los años que habían poseído la finca como dueños. Posteriormente, dichos señores entablaron demanda contra la viuda, una de sus hijas y la ulterior compradora, solicitando se les reconociera como arrendatarios, se les entregara la posesión de la finca y se les abonaran los frutos desde la fecha del contrato de compraventa declarado nulo. En primera y segunda instancia, se estimó que la sentencia de nulidad suponía la subsistencia del arrendamiento, pero que éste había terminado al abandonar los actores la finca sin hacer alusión a la vigencia del arrendamiento. Por tanto, se condenaba a la viuda a restituir el importe de los frutos desde 1945 a 1948—fecha de dicho abandono—, deducido el importe de la renta de dichos años. La viuda interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Aparecen fielmente reflejados en los Considerandos.

CONSIDERANDO: Que por el primer motivo del recurso—apoyado en la causa tercera de la norma séptima de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940—se impugna el fallo recurrido, por entender la parte que recurre que por dicho fallo se revisa la sentencia de 19 de mayo de 1948, que declaró la nulidad del contrato de compraventa de la finca arrendada de 30 de septiembre de 1945, y resolvió sobre todas las consecuencias de tal nulidad, incurriendo por ello, a juicio de dicha parte, en injusticia notoria al vulnerar el artículo 1.252 del Código civil, referente a la cosa juzgada, en relación con el 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento civil, relativo a los casos en que procede la revisión de las sentencias firmes; motivo que no puede prosperar toda vez que en el juicio en que recayó la sentencia de nulidad se ejercitaba por las actoras—demandadas en el actual—la acción rescisoria y con carácter subsidiario la de nulidad del convenio por el que había sido vendida a los demandados señores R. M.—actores en esta litis—la finca que a la sazón llevaban en arrendamiento, mientras que en el presente proceso por estos señores se acciona como arrendatarios de la finca y no como propietarios que fueron de ella, sin que por los mismos se pretenda atacar el pronunciamiento de nulidad y subsidiarios contenidos en la sentencia de 19 de mayo de 1948, limitándose a plantear cuestiones no alegadas ni por tanto discutidas en el anterior juicio sobre las consecuencias de la nulidad en relación con el arrendamiento que gravaba la finca al otorgarse el contrato de compraventa de la misma, y en tal sentido no puede apreciarse la concurrencia de todas las identidades que requiere el citado artículo 1.252 del Código civil para que se produzca la excepción de cosa juzgada, ya que faltan la identidad de cosas y causas a que se refiere el precepto; y no apareciendo, por consecuencia, combatida por los actores la firmeza de la sentencia de nulidad, no cabe invocar la infracción del mencionado artículo 1.796 de la Ley procesal civil, que, como se ha indicado, sólo se refiere a los casos, por lo que procede la revisión de las sentencias firmes.

CONSIDERANDO: Que en el segundo motivo—basado en igual causa que el anterior—se censura la sentencia recurrida por supuesta incongruencia, con infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aserto que pretende fundar la recurrente en la falta de correlación, que

afirma existir, entre el pedimento primero de la demanda, relativo a que se declare subsistente con pleno vigor y eficacia “el referido contrato de arrendamiento—no acogido por el fallo—y el pronunciamiento de éste, por el que se condena a las demandadas al pago de la cantidad de dieciséis mil trescientas diecinueve pesetas, accediendo a una petición que, por ser consecuencia de aquélla, sólo podía prosperar de haberlo sido la primera; motivo igualmente rechazable, ya que por la sentencia recurrida se estima en parte la demanda, dictándose un pronunciamiento condenatorio, accediendo a la petición tercera de la misma, con lo que implícitamente se acoge en parte la primera, ya que dicha condena, por el importe de los frutos, se funda en la vigencia del referido contrato de arrendamiento desde el 30 de septiembre de 1945 al 28 de julio de 1949, contrayéndose a dicho período la expresada condena, *todo lo que obsta a la incongruencia alegada, ya que, como ha declarado la jurisprudencia, no puede estimarse como tal la sentencia que concede menos de lo pedido, admitiendo en todo o en parte alguna de las peticiones de la demanda y rechazando las demás.*

CONSIDERANDO: Que en el tercer motivo del recurso—formulado también al amparo de la misma causa que los precedentes—se invoca, en contra del fallo recurrido, la infracción por el mismo de la disposición transitoria segunda de la Ley arrendaticia rústica de 23 de julio de 1942, en relación con los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil, referentes a la interpretación de los contratos, al estimar que por no haberse extinguido el contrato de arrendamiento de la finca antes indicada durante los años agrícolas 1945 al 1946 y 1946 al 1947, debían abonar las demandadas a los actores la cantidad de dieciséis mil trescientas diecinueve pesetas, importe de los años agrícolas correspondientes a dichos años, criterio que, a juicio de la recurrente, pugna con la evidente intención de los contratantes revelada por los actos coetáneos, posteriores y aun anteriores, de los mismos y de los que se desprende su voluntad de extinguir el vínculo arrendaticio; no pudiendo tampoco el motivo prevalecer, pues habiendo declarado el juzgador de instancia, por el resultado de la apreciación que de las pruebas hizo, que al otorgarse el 30 de septiembre de 1945 el contrato de compraventa de la finca expresada se hallaba vigente el arrendamiento de la misma, sin que éste aparezca extinguido por la voluntad de los arrendamientos antes o al tiempo de celebrarse la venta, y afirmando asimismo por el juzgador “a quo” que dicha extinción no tuvo lugar, por la voluntad de los hermanos R., hasta el 28 de julio de 1948, dichas declaraciones habían de ser combatidas por el cauce adecuado, o sea el que marca la causa cuarta de la norma séptima de la antes citada disposición transitoria tercera de la Ley de 1940, y si bien—conforme a la doctrina jurisprudencial—cuando se trata de fijar el sentido o alcance de determinada declaración de voluntad por aplicación de las normas interpretativas a que se refieren los artículos 1.281 al 1.289 del Código civil, al constituir una cuestión de derecho, puede llevarse a revisión por la causa tercera, es lo cierto que en el presente caso, al sentar el Tribunal “a quo” los indicados hechos,

no ha vulnerado las normas interpretativas citadas en el recurso, pues del contenido del contrato de compraventa de 30 de septiembre de 1945 no se deduce la existencia de cláusula alguna reveladora de un convenio previo al de compraventa, que, con independencia de éste, hubiera dado por terminada la relación arrendaticia, sin que tampoco pueda inferirse—cual pretende el recurrente—la conformidad de los hermanos R, sobre la extinción del arriendo en tal momento, atendiendo a la conducta observada por los mismos al ser ejecutada la sentencia de nulidad, pues a ello se opone la alegación que hicieron sobre reserva de derechos y acciones, aunque a juicio del juzgador de instancia careciera de eficacia a los efectos de estimarla como una concreta petición sobre el reconocimiento de su derecho a continuar en la finca con el carácter de arrendatarios; debiendo asimismo tener en cuenta, a los efectos de la cuestión planteada en el recurso, que aun partiendo de la tesis conforme a la que la celebración del repetido contrato de compraventa llevaba implícita la extinción del arrendaticio, resulta indudable que a este convenio había de afectar también las consecuencias de la nulidad de aquél, de todo lo que se deduce asimismo la no infracción del párrafo segundo de la disposición adicional segunda de la Ley de 23 de julio de 1942, relativa al plazo de permanencia en vigor de los arrendamientos privilegiados, y cuya supuesta vulneración se basa precisamente en la tesis contraria a la subsistencia del indicado contrato de arrendamiento a partir del 30 de septiembre de 1945, ya anteriormente rechazada.

CONSIDERANDO: Que en el cuarto motivo del recurso apoyado también la misma causa que los anteriores, se mantiene como tesis impugnatoria de la sentencia recurrida la de que, conforme al artículo 1.303 del Código civil—cuya infracción se invoca—, la declaración de nulidad del referido contrato de compraventa sólo podía tener como consecuencia la restitución de la cosa materia del contrato, con sus frutos, sin que hubiera de trascender a otro contrato, cual era el de arrendamiento que en su día vinculó a las partes, pero sin que integrase ninguna de las prestaciones del contrato de compraventa; tesis que no puede ser admitida, toda vez que, para determinar los efectos que la declaración de nulidad del mencionado contrato de compraventa produjo, había de tenerse en cuenta la posición de las partes contratantes en el momento que esta convención fué celebrada, que era, en relación a los hermanos R., demandados en aquella litis, la de hallarse en la posesión arrendaticia de la finca vendida en virtud de un contrato que, por su carácter privilegiado, les hubiera permitido continuar en el disfrute arrendaticio de la finca en dicho concepto, de no haberse otorgado el contrato de compraventa, y si bien por este convenio dejaban de ser arrendatarios del predio para convertirse en propietarios del mismo, hay que estimar que, por consecuencia de la nulidad absoluta de la compraventa, nunca tuvieron aquéllos, a los efectos jurídicos, la condición de propietarios, y, por tanto, que renació en ellos la de arrendatarios, que por la inexistencia del convenio de compraventa, desde su origen no podían perder como no fuera por un acto expreso de voluntad, el que no tuvo lugar—según declaración del juzgador

de instancia consentida por los actores—hasta el momento en que fué ejecutada la sentencia de nulidad, de lo que se infiere que, dadas las particularidades del caso actual, no podían limitarse los efectos de la nulidad del repetido contrato de compraventa a los expresados por la recurrente, con una interpretación restringida del citado artículo, contrario al criterio de nuestro antiguo derecho, mantenido por la jurisprudencia, al establecer en sentencias de 28 de mayo de 1914 y de 11 de diciembre de 1940, como doctrina general, la de que la declaración de nulidad de un contrato lleva consigo, como consecuencia general y lógica, la necesidad de que todas las cosas objeto del mismo vuelvan o tornen al estado que tenían al tiempo de celebrarse, por lo que, no existiendo la vulneración denunciada, se impone la desestimación del motivo.

CONSIDERANDO: Que por el quinto motivo se impugna el fallo recurrido al amparo de las causas tercera y cuarta de la citada norma séptima de la disposición transitoria tercera de la Ley de 1940, en cuanto en la sentencia se declara, como base de aquél, que los frutos reintegrados por los señores R. M., al ejecutarse el fallo de nulidad del contrato de compraventa fueron entregados a la recurrente doña A. M., y no el que pasaran, como afirma esta última, a la herencia del señor C. de V., a la sazón indivisa, lo que obligaba a demandar a los otros herederos de este señor, y, al no hacerlo, se vulnera el principio de derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio; motivo que tampoco puede prosperar, ya que para condenar a los demandados al pago del importe de los frutos producidos por la finca arrendada desde el 30 de septiembre de 1945 al 28 de julio de 1948, previa deducción de la renta correspondiente a dichos años, se parte del hecho de que por las demandas se percibió en su totalidad el importe de dichos frutos, que ascendían a la suma de diecisiete mil trescientas noventa y cinco, al ejecutarse el fallo anulativo, hecho reconocido por las mismas al contestar a la demanda, debiendo tener en cuenta a dicho efecto que en la sentencia también se afirma el haber sido adjudicados a la recurrente en propiedad todos los bienes relictos al fallecimiento de su esposo don F. C. de V.; hechos que pugnan con las afirmaciones en que se funda el motivo, sin que se haya encontrado que el juzgador de instancia al sentar aquéllas haya incurrido en manifiesto error, como requiere la causa cuarta alegada, ya que los elementos documentales invocados a dicho efecto carecen de eficacia al fin propuesto, lo que impide asimismo el apreciar la infracción también alegada del indicado principio de derecho.

CONSIDERANDO: Que como se razona en los fundamentos que preceden, la condena impuesta por el fallo recurrido es una consecuencia de la declaración de nulidad del contrato de compraventa celebrado entre los actores y la recurrente el 30 de septiembre de 1945 y de estimar, como efecto de dicha nulidad, que los hermanos R. tuvieran el carácter de arrendatarios de la misma desde la indicada fecha hasta la de 28 de julio de 1948, y, por tanto, que les correspondía los frutos producidos durante el indicado período de tiempo, fundando el juzgador de instancia principalmente dicho fallo en el contenido del artículo 1.303 y la jurisprudencia

interpretadora, y, en tal sentido, en nada podría influir en dicha resolución el que fuera aplicable o no la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto alegado en el considerando octavo de la sentencia por lo que carece de eficacia el motivo sexto y último del recurso, en el que, al amparo de la indicada causa tercera, se acusa la infracción del mencionado principio de derecho que, por otra parte, pudo ser invocado por el juzgador, aunque no fuera alegado por las partes, sin incurrir en incongruencia, no debiendo tampoco olvidar que *el recurso de revisión como el de casación sólo procede contra la parte dispositiva de la sentencia, sin que por tanto, se puedan combatir los considerandos cuando no constituyan premisas obligadas del fallo.*

CONSIDERANDO: Que dada la conformidad de las sentencias de instancia, hay que estimar temeraria—por no existir circunstancias que a ello se opongan—la interpretación del recurso a los efectos de la imposición de las costas causadas en el mismo.

FALLO—No ha lugar.

SENTENCIA 27 OCTUBRE 1951

Compraventa mercantil—lugar de cumplimiento.

La jurisprudencia estima entregada la mercancía, salvo pacto en contrario, en el establecimiento mercantil del vendedor.

Si las mercancías viajan a cuenta y riesgo del comprador, el lugar de entrega de la mercancía es el de origen.

SENTENCIA 27 OCTUBRE 1951

Arrendamiento urbano—derecho derogado—desahucio por ampliación de negocio—requisitos.

La Orden de 8 de noviembre de 1944 no introdujo una nueva causa de desahucio, porque la fundada en la necesidad de ampliar la industria o comercio está comprendida en el apartado C del art. 5.º del Decreto de 21 de enero de 1936 y queda sujeta a la exigencia de dos años de preexistencia.

SENTENCIA 30 OCTUBRE 1951

Juicio de desahucio—sumariedad—término extraordinario de prueba.

Es muy reiterada la doctrina jurisprudencial declarando, a tenor de lo dispuesto en los arts. 1.568 y 1.579 de la LEC., que en el juicio de desahucio, dada su naturaleza sumaria, no procede otorgar el término extraordinario de prueba.

SENTENCIA 30 OCTUBRE 1951

Compraventa mercantil—lugar de cumplimiento.

La jurisprudencia de esta Sala entiende, en aplicación del artículo 1.500 del C. c., que los géneros de comercio se reputan entregados en el establecimiento mercantil del vendedor.

SENTENCIA 13 NOVIEMBRE 1951

Competencia territorial—sumisión expresa.

De acuerdo con los arts. 56 y 57 de la LEC. es preferente el fuero al que se sometieron las partes.

AUTO 14 NOVIEMBRE 1951

Casación—resoluciones no recurribles—sentencias dictadas en el juicio pro-cavatorio del artículo 41 de la L. H.

A tenor del art. 41, núm. 2.º, de la L. H., la sentencia que pone fin al procedimiento regulado en dicho artículo no impide promover otro juicio sobre el mismo objeto, y por lo tanto no es recurrible en casación, de acuerdo con el art. 1.694, núm. 3.º, de la LEC.

SENTENCIA 28 NOVIEMBRE 1951

Arrendamiento urbano—traspaso de local de negocio—derechos de tanteo y retracto del arrendador—objeto.

Conforme al art. 53 de la LAU., los derechos de tanteo y retracto del arrendador se refieren al local exclusivamente, sin que se extiendan a las mercancías, existencias, maquinaria, etc.

CONSIDERANDO: Que el único derecho al traspaso concedido por la Ley, al arrendatario con subrogación del cesionario en el arrendamiento es el regulado en la sección 2.ª del capítulo IV de la Ley de Arrendamientos urbanos, que consiste, como dice su artículo 44 en la cesión, mediante precio, del local de negocio arrendado sin existencias.

CONSIDERANDO: Que para que ese derecho del arrendatario obligue al arrendador cuando aquél, al realizar el traspaso, venda existencias, mercancías, enseres e instalaciones o el negocio mismo, el artículo 53 de la Ley citada impone al arrendatario la obligación a observar las reglas del traspaso y, además de consignar separadamente, tanto en la

oferta al arrendador como en la escritura de cesión el precio del traspaso del local y el de los demás bienes transmitidos, conservando, en este caso, el arrendador los derechos de tanteo y retracto "referidos al local exclusivamente"; es decir, que tales derechos no se extiendan a las existencias, mercaderías, etc.

CONSIDERANDO: Que en nada se merma en los citados preceptos legales el patrimonio mercantil del arrendatario que puede obtener, por una parte, el justo precio de sus mercaderías, instalaciones o negocios, y por otra el traspaso del local, compensación a su esfuerzo para acreditarle como local mercantil, sin que, por lo tanto, quede nada de dicho patrimonio sin justa retribución.

FALLO.—No ha lugar.

2. Sentencias de la Sala Quinta

(Arrendamientos rústicos)

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT,
con la colaboración de José María DESAN-
TES, Manuel GONZALEZ, José Antonio
PRIETO y Luis Sancho MENDIZABAL.

SENTENCIA 13 JUNIO 1951.

Recurso de revisión—acatamiento de los hechos fijados en instancia y no debidamente impugnados.

No puede prosperar el recurso de revisión cuando el fallo se fundamenta en hechos que declara probados y que, al no ser combatidos, hacen inoperantes los motivos del recurso.

SENTENCIA 14 JUNIO 1951

Recurso de revisión—requisitos—interés del recurrente.

No se puede concebir el recurso sin agravio que enmendar, en cuanto afecta al interés personal de la parte.

ANTECEDENTES.—Se formuló demanda de desahucio de finca rústica por falta de pago de los aumentos de renta procedentes de la subida de precio del trigo y de las repercusiones de los aumentos de Contribución territorial. El demandado opuso varias excepciones y consignó la cantidad que consideró oportuna para el caso de que se desestimasen aquéllas. En ambas instancias se falló no haber lugar al desahucio por haberse enervado en virtud de la consignación, debiendo hacerse pago al

actor de las cantidades debidas con cargo a lo consignado. El demandado interpuso recurso de revisión por varios motivos que no son de interés para el caso, solicitando se declarase la nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción (según él la finca era urbana) y la devolución de la cantidad consignada.

CONSIDERANDO: Que en nuestra legislación no se estatuye explícitamente doctrina sobre la legitimación para impugnar las resoluciones judiciales, sin duda por considerarse innecesaria, pues se sobrentiende que sólo el agraviado por ellas puede estar legitimado en aras del interés personal, compitiendo exclusivamente al Ministerio Fiscal el recurso en razón del interés colectivo que no modifica la resolución recurrida, *no pudiéndose concebir el recurso sin agravio que enmendar, en cuanto afecta al interés personal de la parte*, y como en este caso se pretendió el desahucio y la sentencia declaró no haber lugar a decretarle, es visto que al demandado no puede reconocérsele la facultad de excitar la actividad de los órganos jurisdiccionales superiores, puesto que ningún agravio ha sufrido ni se le ha impuesto carga u obligación, sin que pueda entenderse que tenga interés legitimador porque se haya razonado la improcedencia de algunas de las excepciones que opuso a la acción, pues careciendo de trascendencia en el fallo, no constituyen precedente de cosa juzgada y porque aun en el caso de que los fundamentos de la desestimación de todas o algunas de esas excepciones se estimaran desacertados, no por eso se había de modificar el fallo, sino, por el contrario, estaría más justificado, sin que se excluya de la precedente doctrina la excepción de incompetencia de la jurisdicción, pues la desestimación de la demanda consentida por el actor, vale, en orden al interés en el proceso del demandado que requirió la desestimación, como la abstención de fallar.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 18 JUNIO 1951

Cosa juzgada—forma y tiempo de su alegación.

Como no se alegó en calidad de excepción, no puede tener hoy cabida en el recurso procesal de revisión, sino a expensas de indefensión de la parte actora.

Recurso de revisión—claridad en la alegación del concepto de la infracción.

Infringe lo preceptuado en la Ley de Enjuiciamiento civil, en su artículo 1.720, el motivo que alega conjuntamente, sin la debida separación expositiva y de conceptos, las causas 3.ª y 4.ª de la norma 7.ª de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940.

SENTENCIA 22 JUNIO 1951

Recurso de revisión—cuestiones nuevas.

Son cuestiones nuevas, que no pueden tratarse en revisión, no sólo las no alegadas en instancia, sino también, propuestas fuera del correspondiente trámite procesal.

SENTENCIA 25 JUNIO 1951

Novación—requisitos.

El artículo 1.204 del Código civil requiere que la novación resulte acreditada sin género alguno de duda por la expresa voluntad de las partes, o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles.

Incongruencia—cuándo existe.

La congruencia que deben guardar las sentencias, según el artículo 359 de la Ley procesal, supone la conformidad del fallo con los pedimentos de las partes, y no con los razonamientos alegados.

SENTENCIA 25 JUNIO 1951

Arrendamiento rústico—revisión de la renta—fundamento.

La revisión de la renta que autoriza el art. 7.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 no tiene otro fundamento que la inadecuación de la misma con arreglo a las circunstancias que señala dicho artículo.

Recurso de revisión—error en la apreciación de la prueba—valor del dictamen pericial no contradicho por otra prueba.

El dictamen, no contradicho por ninguna prueba, procedente de Perito titular, Ingeniero agrónomo al servicio del Estado, designado por el Juez, previa propuesta de acuerdo de las partes, tiene el máximo valor para acreditar el error en la apreciación de la prueba.

ANTECEDENTES.—El demandante, como dueño, y el demandado, como arrendatario, suscribieron el primero de octubre de 1943 un contrato de arrendamiento de finca rústica, en el que se establecía que la renta a satisfacer sería, en el año agrícola 1943-1944, la de 3.500 pesetas, y a partir de éste la de 4.000 pesetas por año. Estimando el arrendador muy reducida esta renta, formuló demanda de revisión de la misma con fecha 23 de marzo de 1949, acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley de 15 de marzo de 1935. Nombrado por el Juez, a propuesta

conjunta de las partes, un Perito Ingeniero agrónomo, calculó éste como renta la cantidad de 9.673 pesetas; el Juzgado estimó la demanda, fijando como renta aquella cantidad, equivalente a los quintales métricos de trigo que resulten de su división por el precio oficial de la unidad para pago de rentas de fincas rústicas (Qm. de trigo). La Audiencia revocó la sentencia negando la procedencia de la revisión, interponiéndose recurso ante el T. S. por siguientes

MOTIVOS.—1. Error manifiesto en la apreciación de la prueba, acreditado por la resultancia del dictamen pericial obrante en los autos: causa cuarta de la norma 7.^a del apartado A) de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940.

2. Al amparo de la causa tercera del mismo precepto de la Ley de 28 de junio de 1940, por infracción del párrafo primero del artículo 7.^o de la Ley de 15 de marzo de 1935.

CONSIDERANDO: Que el motivo primero del recurso invoca el error de hecho incidido por la Sala al apreciar las pruebas, pretendiendo demostrarle con el resultado de prueba pericial obrante en autos; ciertamente el dictamen aducido por proceder de Perito titular Ingeniero agrónomo al servicio del Estado, designado por el Juez previa propuesta de acuerdo de las partes, merece valor supino, no contradicho por ninguna prueba para estimar sus conclusiones bien razonadas y, por tanto, tiene capacidad suficiente al efecto que la Ley determina; y ciertamente que el informe citado expresivo de que la renta calculada para las fincas en cuestión es la de 9.673 pesetas, no merecía el desprecio de la Audiencia, que se limita a citar los defectos que él puso al verlo, olvidando que los tiene en cuenta al señalar esa renta. Por todo lo cual, se entiende procedente lo alegado, y consiguientemente el error que ha llevado a prescindir de esta prueba sin existir otras que influyeron en el conjunto.

CONSIDERANDO: Que por el segundo motivo recurrente se apunta la infracción del artículo 7.^o de la Ley de 15 de marzo de 1935, y del 5.^o de la de 23 de julio de 1942, en cuanto deniega la revisión de renta pactada en 1943 porque los productos agrícolas, excepto el trigo, no tuvieron después sensible alteración; y en verdad que la imputación parece fundada, pues también han sufrido a los otros productos que en buena porción se cosecha, como el vino y los higos; pero, además, supone la Sala que ha de demostrarse palmariamente la injusticia de la renta pactada, demostración que no halla suficiente en lo actuado, y esto no es acorde con lo dispuesto en dicho artículo 7.^o que nunca se refiere a injusticia en la convenida, sino más bien a inadecuación con arreglo a las circunstancias que señala, de los cuales se ha prescindido el denegar lo suplicado.

CONSIDERANDO: Que pertinente por lo dicho el recurso ha de solucionarse el caso acordemente con el dictamen pericial que se aprueba; pero al señalar la renta procedente para lo sucesivo ha de darse cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de 1942 siguiendo las prevenciones de la de 15 de julio de 1949, por lo cual y siendo lo correspondiente a las 9.673 pesetas, que se señalan procedentes a 82,67 quintales métricos, ésta es la renta que se fija por revisión de la anterior.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 30 JUNIO 1951

Expropiación forzosa de fincas rústicas de interés social—criterio de valoración.

Reconocido por los tres peritos designados que el valor efectivo de una finca es superior a su valor catastral o al valor por rentas de los cinco últimos años, ha de tenerse en cuenta el valor en venta (en el momento de la tasación) de otras fincas análogas situadas en la misma región o comarca.

SENTENCIA 4 JULIO 1951

Aparcería — conversión en arrendamiento — opción del aparcerero — momento de ejercicio.

El propietario no puede por su sola voluntad rescindir el contrato que celebró con el cultivador, y por tanto la opción concedida a éste por el artículo 7.º de la Ley de 1940 no se refiere al momento de la proyectada rescisión unilateral, sino al de la terminación del plazo de duración normal del contrato.

Juicios declarativos de la legislación arrendaticia rústica—aplicación supletoria de la LEC.

Como ya declaró la Sentencia de esta Sala de 24 de diciembre de 1940, la LEC rige los juicios declarativos en materia de arrendamientos rústicos, siempre que no haya sido modificada por la legislación especial, ni se oponga en algún modo a ella.

Juicios declarativos de la legislación arrendaticia rústica—acto de conciliación—necesidad—efectos—interrupción de la prescripción.

Los arts. 460 y 461 de la LEC., aplicables (cuando tiene por fin la declaración de derechos) a la contienda regulada en la norma 3.ª de la Disposición trans. 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940, no autorizan la omisión del acto conciliatorio.

Según las Sentencias de esta Sala de 12 de mayo de 1941, 24 de junio de 1946 y 19 de noviembre de 1948, el acto de conciliación interrumpe (también en materia arrendaticia rústica) los plazos extintivos, con persistencia del derecho y posibilidad de ejercicio de la acción, durante el tiempo señalado en los arts. 479 de la LEC. y 1.947 del C. c.

SENTENCIA 6 JULIO 1951

Transacción sobre arrendamiento rústico—validez.

La transacción por virtud de la cual un arrendatario se despoja de su derecho es eficaz porque no se opone a las prescripciones de las Leyes especiales vigentes.

CONSIDERANDO: Que de los varios problemas jurídicos suscitados en el pleito, los únicos que sostiene ante este Tribunal el recurrente, son: que los litigantes, por efecto del contrato de transacción de 4 de mayo de 1943, están ligados entre sí por un contrato de arrendamiento, lo que es objeto del motivo primero del recurso, y que por ser ese arrendamiento de finca rústica, es incompetente esta jurisdicción para conocer de las cuestiones jurídicas que surjan relacionadas con tal contrato, como pugna el motivo segundo.

CONSIDERANDO: Que la mencionada transacción se concertó para cesar los contratantes en la propiedad indivisa que les correspondía de varias fincas, lo que se logró según afirma la Sentencia recurrida, y a fin de facilitar su partición entre ellos, para lo que era una dificultad el arrendamiento que estaba concertado con el demandado don H. S. de parte de esas fincas hasta el verano de 1948 y el de 1949, según los diversos aprovechamientos, convinieron en formar, con varios trozos colindantes de esas fincas otra diferente, con nombre de "Cuatro Cuartos", y linderos propios para adjudicarla a los actores de este pleito, y cuyo disfrute se cedía al demandado hasta 29 de septiembre de 1947 a cambio o en compensación de los derechos que tenía por el arrendamiento, con lo cual resulta que en la transacción el demandado cedió y se despojó de sus derechos arrendatarios sobre las otras fincas con duración hasta 1949, con arreglo al artículo 1.809 del Código civil, para adquirir el disfrute de la nueva finca "Cuatro Cuartos", y no puede invocar ahora aquel derecho arrendaticio extinguido por la cesión en la transacción, y menos aun con la contradicción en que incurre de atenerse al contrato último de transacción para disfrutar la finca nueva por éste, formado con algunos terrenos a que no se extendía el contrato anterior y acogerse al contrato anterior de arrendamientos para continuar en su disfrute hasta la fecha que ese antiguo establecía.

CONSIDERANDO: Que la validez de esa transacción está declarada por el Tribunal a quo y no ha sido impugnada en este recurso, y hasta la alega el recurrente, y es eficaz, según reconoce la Sentencia de 7 de octubre de 1931, porque no se opone a las prescripciones de las Leyes vigentes de Arrendamientos rústicos, una de las cuales, la de 28 de junio de 1940, prevee tales convenios en el apartado B) de su tercera disposición transitoria.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo del recurso se basa exclusivamente en que el pleito versó sobre un arrendamiento rústico cuyo conocimiento corresponde a otra jurisdicción; pero ya queda bien sentado en

el Considerando segundo que no es así, por haberse extinguido tal derecho de arrendamiento, y aparece claramente de la demanda que lo que se reclama es el cumplimiento de lo pactado en la repetida transacción, por todo lo cual no son de estimar ninguno de los motivos del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 SEPTIEMBRE 1951

Aparcería agrícola—duración.

El art. 49 de la Ley de 15 de marzo de 1935 no concede al cultivador derecho a la prórroga forzosa de la aparcería, limitándose a establecer una duración mínima del contrato.

ANTECEDENTES.—Se demanda de desahucio a un aparcerero que continúa cultivando unos predios después de transcurrido el plazo de vigencia del contrato de aparcería. El Juzgado y la Audiencia estiman la demanda.

MOTIVO.—Unico: Al amparo de la norma 7.^a, apartado A), disposición transitoria 3.^a de la Ley de 28 de junio de 1940, por violación del artículo 49 de la Ley de 15 de marzo de 1935.

CONSIDERANDO: Que por disposición del art. 49 de la Ley de 15 de marzo de 1935, que el recurso, en su único motivo, considera infringido en la aparcería no tiene el cultivador derecho a prórroga forzosa y admitido que la de esta referencia comenzó en 1942, para una rotación de cultivo, que debía efectuarse en dos años y que transcurrido este tiempo no sólo no hubo convenio expreso de prorrogarla, sino por el contrario la propietaria requirió notarialmente al cultivador la entrega de los predios cultivados, no puede apreciarse la dicha infracción puesto que el precepto se limita a asegurar un mínimo de duración del contrato que estaba notablemente excedido cuando se practicó el requerimiento, cuyos efectos no pueden estimarse caducados.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 SEPTIEMBRE 1951

Arrendamiento rústico—retracto (1).

(1) La sentencia, limitándose a razonar en torno al concreto supuesto de hecho, no contiene doctrina legal alguna que se pueda generalizar.

SENTENCIA 25 SEPTIEMBRE 1951

Competencia territorial—arrendamiento rústico—cuestiones entre arrendatarios extrañas a la relación arrendaticia.

En las cuestiones que surjan entre arrendatarios, cuando sean extrañas a la relación arrendaticia, no es Juez competente el del lugar del pago de las rentas sino el del domicilio de los demandados.

Es extraña a la relación arrendaticia la cuestión que surja entre arrendatarios respecto de la obligación que varios de ellos pueden haber contraído de participar en el pago del aumento de contribuciones que los demás han satisfecho en su totalidad al arrendador.

SENTENCIA 27 SEPTIEMBRE 1951

Arrendamiento rústico—novación—arrendamiento conjunto (1).

SENTENCIA 2 OCTUBRE 1951

Recurso de revisión—desestimación—impugnación de extremos no atacados en apelación.

El demandado que no apeló, ni se adhirió a la apelación de una sentencia que desestimaba la excepción perentoria que interpuso y le absolvía en el fondo, no puede impugnar aquella desestimación en revisión, cuando apelada la sentencia por la otra parte, es condenado en el fondo, porque ello equivaldría a que los litigantes pudieran admitir criterios judiciales cuando les favorezcan para rechazarlos cuando les perjudican.

SENTENCIA 9 OCTUBRE 1951

Ejecución de sentencia de desahucio—normas que la rigen.

La reclamación de labores y frutos pendientes, fundada en una sentencia de desahucio, se rige por el lib. 2.º, tit. XVII, Secc. 4.ª de la LEC., y no por la norma 3.ª de la Disp. trans. 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940.

Recurso de revisión—por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio—requisitos.

Para que proceda esta vía de recurso, es preciso que la infracción cometida se encuadre en alguna de las causas que dan lugar al recurso de

(1) La sentencia no contiene doctrina legal que se pueda generalizar.

casación por quebrantamiento de forma comprendidas en el art. 1.693 de la LEC.

ANTECEDENTES.—Se reclaman las labores hechas y cosechas pendientes al tiempo del lanzamiento de una finca rústica, como consecuencia de un juicio de desahucio. En la contestación se reconviene por pago de contribuciones. El Juzgado y la Audiencia estiman la demanda y desestiman la reconvencción. Se interpone recurso de revisión por quebrantamiento de forma.

MOTIVOS.—1) Al amparo de la causa 2.^a, norma 7.^a, apartado A) de la Disposición transitoria 3.^a de la Ley de 28 de junio de 1940, por no seguir el juicio correspondiente a tal acción.

2) Al amparo de la misma causa, ya que aun dentro del mismo juicio seguido no se ha estimado la reconvencción formulada por el demandado.

CONSIDERANDO: Que como se afirma en la Sentencia de esta Sala de 5 de octubre de 1945, los preceptos comprendidos en la Sección cuarta del título XVII de la Ley de Enjuiciamiento civil, forman un conjunto sistemático que tiende a dejar satisfecha la finalidad que la acción de desahucio persigue, y si esta acción es la que ha dado origen a la ejercitada en este juicio, en el que se reclaman las labores y frutos pendientes al verificarse el lanzamiento a que el desahucio decretado ha dado lugar, es indudable la procedencia de la aplicación de los preceptos que la Ley contiene para tales casos, y en modo alguno puede constituir quebrantamiento de forma la aplicación de estos preceptos como el recurso sostiene, ya que por tratarse de ejecución de sentencia de desahucio queda comprendida en la Sección cuarta a que se ha hecho referencia, por solicitarse en esta ejecución uno de los particulares comprendidos en la Sección aludida, cual es el determinado expresamente en el artículo 1.604 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al que no puede referirse la norma tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, por no comprenderse en dicha norma los juicios de desahucio, y, por tanto, procede rechazar el motivo primero, que parte del supuesto contrario al que aquí se sostiene.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede prosperar el segundo motivo que parte del supuesto de la aplicación de los artículos 1.604 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento citada, porque las cuestiones a que dicho motivo se refiere no pueden ser ventiladas en este procedimiento, como las sentencias de instancia sostienen con acierto por el carácter especial y sumario del mismo, y mucho menos por lo que respecta a la reconvencción formulada en cuanto a la que prestaron los recurrentes su conformidad con la sentencia recaída en su escrito de 17 de junio de 1948, en el que interponen recurso de apelación, y que por tal conformidad ha quedado excluida del ámbito de aplicación del presente recurso; ni por otra parte, puede encuadrarse en ninguna de las causas que dan lugar al recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, comprendidas en el artículo 1.693 de la Ley adjetiva civil, o al menos

no se indica en el recurso en cual sea, omisión que impide igualmente que el recurso prospere.

CONSIDERANDO: Que no existen motivos para estimar temeraria la conducta de los recurrentes, a los efectos de imposición de costas.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 22 OCTUBRE 1951

Recurso de revisión—improcedencia por razón de la cuantía—cuestión de orden público.

El recurso de revisión establecido por la Legislación de Arrendamientos Rústicos sólo es utilizable para asuntos de cuantía superior a 5.000 pesetas, siendo posible que el Tribunal declare la impertinencia del recurso aunque no haya sido alegada por las partes, por tratarse de una cuestión de orden público.

SENTENCIA 29 OCTUBRE 1951

Incompetencia de jurisdicción por razón de la materia—concepto.

La incompetencia de jurisdicción por razón de la materia supone que un Tribunal del fuero común no puede entrar a conocer de un asunto reservado a otro Tribunal de jurisdicción especial (contencioso-administrativo, militar o eclesiástico); pero no existe cuando el conocimiento de dicho asunto corresponda a la jurisdicción ordinaria, cualquiera que sea el procedimiento en que haya de ventilarse.

ANTECEDENTES.—Las arrendadoras de un finca rústica notifican notarialmente a la arrendataria, con un año de antelación, su deseo de recobrar el uso y disfrute de la finca, obligándose al cultivo directo de la misma. Pasado el año, demandan de desahucio a la arrendataria ante el Juzgado de Primera Instancia, viendo prosperar su pretensión. Pero la Audiencia revoca la sentencia, entendiendo que existió incompetencia de jurisdicción por razón de la materia. Recurso de revisión.

CONSIDERANDO: Que la incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, alegada por la demandada en su contestación y apreciada por la Audiencia en el considerando cuarto de su sentencia y en el fallo consiste en la inhibición de un Tribunal del fuero común a favor de otro de jurisdicción especial—contencioso-administrativo, eclesiástico o militar—, por estimar aquél que no le corresponde el asunto por razón de la materia objeto del mismo; pero cuando, como en el presente caso, la propia Audiencia reconoce y declara en su Considerando tercero “que las acciones de desahucio de que se creen asistidas las demandantes tienen un enunciado común en la Ley de Enjuiciamiento civil y en la especial de Arrendamientos rústicos, con idénticos órganos jurisdiccio-

nales para sustanciar el juicio en ambas instancias", lo cual equivale a confesar que no hay jurisdicción especial que pueda conocer del asunto, quedando sólo la ordinaria, ante tan expresa y exacta afirmación, y siendo los Tribunales que han de entender en una o en otra legislación, civil o social, no sólo de la misma jurisdicción, sino hasta del mismo grado de jerarquía, ya que ambos Tribunales los constituyen el Juez de Primera Instancia, en apelación la Audiencia y sobre ambos el Tribunal Supremo, al admitir la sentencia recurrida aquella excepción de incompetencia por la materia, dejando de conocer en un asunto en el que tenía el deber de hacerlo por jurisdicción y competencia, y sin invocar ni cumplir el artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento civil aplicable especialmente al caso, infringió el párrafo primero de la Disposición transitoria 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940, según la cual la jurisdicción para conocer de cuantas cuestiones surjan en la ejecución e interpretación de la presente Ley corresponde a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, y la doctrina de esta Sala, en sus sentencias de 24 de diciembre de 1940, 11 de junio de 1942 y 1.º de mayo de 1945, que interpretando tal disposición transitoria declaran que el arrendamiento rústico se entiende, en cualquier supuesto, regido por su exclusiva ordenación jurídica específica, constituida por sus Leyes de 1935 y 1940, y como en el actual litigio, tanto las demandantes como la demanda, el Juez de Primera Instancia e incluso la Audiencia en su primer considerando, califican de rústica la finca arrendada, y ambas litigantes apoyan sus respectivas pretensiones en las citadas Leyes de Arrendamientos rústicos de 1935 y 1940 el hecho de que las demandantes, además de invocar en su demanda la causa primera de desahucio del artículo 28 de la Ley de 1935—expiración del término—, alegan simultáneamente preceptos de Derecho civil, no autoriza a la Audiencia a estimar la incompetencia de jurisdicción más transcendental y complicada de apreciar la fundada en "la materia litigiosa", y al hacerlo incurrió en aquellas infracciones, procediendo por ello la estimación del cuarto y último motivo del recurso, amparado en la mencionada Disposición transitoria 3.ª, apartado a), norma séptima, causa primera, "incompetencia de jurisdicción".

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 31 OCTUBRE 1951

Expropiación de fincas de interés social—criterio de valoración.

En general, puede aplicarse a la función valorativa, como principio orientador, la máxima "tantum valet res quantum vendere potest".

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

GIRÓN TENA, José: *Las sociedades irregulares.*

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Apuntes de Derecho sucesorio. Posición y derechos de los legitimarios en el Código Civil. Parte II.*

JORDANO BAREA, Juan B.: *Mandato para enajenar.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

CERRILLO QUÍLEZ, F.: *Despido de aparceros.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.