

**ANUARIO
DE
DERECHO CIVIL**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL



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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO IV
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMLI

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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Puntos de vista en torno al proceso civil español (*)

VICTOR FAIREN GUILLEN
Catedrático de la Universidad de Santiago

La base histórica más importante de la actual legislación procesal española nos la suministra la obra del Rey castellano Alfonso X el Sabio, llamada Código de las siete Partidas (1), instrumento el más poderoso de la recepción romano-canónica en nuestro país. El prestigio de este monumento histórico y de los que, contruidos sobre la misma base le siguen cronológicamente, fué y es tan grande, que ahogó todo intento de suponer aplicable a otra legislación, como la hispano-visigótica del Fuero Juzgo (2). Y es de notar la posibilidad de que el derecho procesal español hubiera evolucionado con otro rumbo diferente de haber predominado durante la Alta y Baja Edad Media los principios procesales fundamentales que en dicho Cuerpo legal campeaban.

También hay que tener en cuenta que el predominio del Derecho Común de las Partidas (3) y Cuerpos legales subsiguientes (4), se vió especialmente favorecido por un fenómeno de características políticas, desarrollado a partir del siglo xvi prácticamente

(*) Trabajo expuesto parcialmente como conferencia en las Universidades de Munich, Colonia y Bonn, en el mes de julio de 1950.

(1) El valor estrictamente legal de este Código, en las diversas épocas, es discutido; pero, no obstante, es patente el hecho de la poderosa influencia que ha ejercido, así como que, hasta la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento civil, el Tribunal Supremo lo utilizaba para llenar lagunas legislativas, como fuente subsidiaria.

(2) El influjo del Derecho común fué tan intenso, que el Fuero Juzgo no fué tenido en cuenta por los autores de la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* (1805), a pesar de existir una Real Cédula de 15 de julio de 1788 que le daba preferencia sobre las Partidas. Razones de tradicionalismo inexplicable, de falta de capacidad valorativa y crítica de nuestra historia jurídica, de apego a la rutina (en el fondo, falta de escuelas de juristas realmente capacitados), hicieron que dicho Fuero Juzgo continuase siempre imposibilitado de aplicación. Cfr. sobre este interesantísimo punto VICENTE Y CARAVANTES: *La autoridad del Fuero Juzgo en el día*, en RGLJ, vol. LIV (1879), pág. 32 y sigs.

(3) Son muy numerosas las ediciones de *Las Partidas*. En especial, son interesantísimas, las comentadas por GREGORIO LÓPEZ desde el siglo xvi. Los comentarios están hechos al estilo de la época; son, a veces farragosos, pero suministran precioso material de referencias doctrinales y legislativas.

(4) En especial, la *Nueva Recopilación* (1567); los *Autos acordados* (continuación de la misma) y la *Novísima Recopilación* ya aludida

te, y que condujo a la subordinación de los Derechos forales de Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya, Baleares, sucesivamente (5). Este fenómeno oscureció una parte de la doctrina y a la legislación procesal foral, que no por defectuosa—con parecidos defectos al derecho procesal de las Partidas—dejaba de presentar interés (6).

La tónica general de los estudios procesales en España desde la época de los juristas de Alfonso el Sabio (el Maestro Jacobo Ruiz, llamado «de las las leyes» el más conocido) (7), es, en sentido general, comparable a la de otros lugares de Europa. Nuestros Avendaño, Azevedo, Gómez (Antonio), López (Gregorio), Paz, Covarrubias de Leyva, Pérez, y los más destacados y conocidos Hevia de Bolaños, Alonso de Villadiego, Conde de la Cañada, etc., son, por sus obras, comparables a los Maranta, Juan de Arnono, Brant, Cagnoli, Curtio, Everts, Galganetti, Kahl, Pichardo, Speckan y otros juristas centroeuropeos. En sus obras, pesadas y de molesto manejo, como casi todas las de aquellos siglos, se puede leer algo de bueno, pero, como en las de los demás coetáneos respectivos de otros países, también puede leerse bastante de inútil, de confuso y de pernicioso (8).

Entre lo bueno puede verse, por vía de ejemplo, cómo los juristas españoles llegaban a interesantes conclusiones en materia

(5) Este fenómeno, que reviste enorme importancia en el ámbito del Derecho civil, ha atraído siempre de sobremodera la atención de los juristas españoles (y de los no juristas). Lo he tratado parcialmente en mis trabajos *El Derecho aragonés, desde el Decreto de Nueva Planta hasta el Código civil* (RDP, 1945, vol. XXIX); *Ensayo sobre la evolución del Derecho de Navarra desde la guerra de secesión al Código civil* (en RPV, 1945, vol. VI), y *El Fuero de Vizcaya en lo civil durante los siglos XVIII y XIX* (en RGLJ, 1946), en donde se puede encontrar la bibliografía pertinente.

(6) Aún existen algunas pequeñas especialidades procesales por causa de los diferentes regímenes civiles españoles; así lo es, en materia de Jurisdicción contenciosa, e interdicto de adquirir la posesión (procedimiento sumario) para los herederos, al final del usufructo de viudedad existente en Aragón; el aseguramiento preventivo de bienes muebles sujetos a la viudedad cuando los herederos no sean descendientes legítimos (también en Aragón); y en materia de Jurisdicción voluntaria, la adveración judicial del testamento otorgado ante el párroco (arts. 25, 74 y 69, respectivamente, del vigente Apéndice del Derecho Foral aragonés de 1926). Cfr. sobre ello mi trabajo *Para la investigación del Derecho Procesal vigente en Aragón*, en ADA, 1949, y RDP., 1946 (vol. II).

(7) Son éstas, entre otras, las *Flores de Derecho* y el *Doctrinal* (transcripción y publicación por UREÑA y BONILLA: *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes*, Madrid, 1924).

Su posición, en muchos casos, es idéntica a la adoptada por otros juristas italianos y germánicos (por ejemplo, BASSIANUS en su *Summa quicunque vult*, y TENGLER en *Von manigerley besunderen Klagformen*). Cfr., en relación con esto, nuestra obra *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago, 1949, pág. 41 y sigs.

(8) No por quizás menos conocidos deja de haber en los países de Derecho Foral juristas que en toda época se preocupen del Derecho Procesal. Cfr., por ejemplo, en Aragón, FERRER, MIGUEL DEL MOLINO, PEDRO MOLINOS, CARRASCO, LA RIPA—estos tres últimos, puramente procesalistas—, BARDAXI, SESSE, MONSURIU, LISSA, FRANCO DE VILLALBA; en Cataluña, el famoso CANCELLER, etc.

de figuras que hoy suscitan tanto interés como la acción declarativa (Suárez, Covarrubias); las excepciones dilatorias (Hevia de Bolaños); los actos de renuncia al juicio (Alonso de Villadiego); los procesos sumarios (La Ripa, Sesse); como nuestro inolvidable Salgado de Somoza, en su famosísima obra *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam* expone ideas y construcciones fundamentales en torno al proceso concursal, ideas que se han de considerar aún hoy en vigencia. Con orgullo releemos siempre las numerosas alusiones que a él se hacen por maestros de la talla de Kohler (en sus *Leitfaden des Konkursrechts*).

Puede verse también cómo los Reinos españoles de la Edad Media, caminaban en materia procesal casi a la par que los países italianos. El juicio ejecutivo aparecía tempranamente en España. Este problema aun no está totalmente aclarado, pero, desde luego, por parte de De Gregorio-Rocasolano y mía han sido desvirtuadas las bases legales de partida del alemán Briegleb para estudiar la aparición del juicio ejecutivo en España (9). De una parte, se ha puesto en claro que dicho juicio aparecía en Aragón al menos en 1361 (10); y en Castilla, con bastante anterioridad a 1396, fecha en que el rey don Enrique III dictara una famosa Ley para Sevilla, a petición de los Cónsules de los genoveses, ley que Briegleb (11), Prieto Castro (12) y Liebman (13) esuimaran como la que diera entrada a tal proceso sumario en nuestro país; pues según he podido descubrir en un hasta ahora ignorado manuscrito de la Biblioteca Nacional de Madrid, ya en 1360 el rey D. Pedro dictaba para la misma ciudad de Sevilla un completo e interesantísimo Ordenamiento Procesal (14), en cuya Ley catorce aparece con gran claridad el juicio ejecutivo (15).

Pero no en todo eran acertados nuestros juristas, siguiendo en sus defectos a nombres tan ilustres como Accursio, Alciato, Brant, etc.; el tradicionalismo jurídico que en materia procesal imperaba les hacía también, por ejemplo, fundar el proceso en

(9) En su obra *Geschichte des Executivprocesses*, Stuttgart, 1845.

(10) Cfr. DE GREGORIO-ROCASOLANO, *El juicio sumario ejecutivo en los Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1949, en ADA y ed. sep. (Tesis doctoral, dirigida por el prof. PRIETO CASTRO).

(11) Cfr. ob. cit.

(12) Cfr. PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal civil*, vol. II, Zaragoza, 1946, pág. 180 y sigs.

(13) Cfr. LEEBMAN: *Sobre el juicio ejecutivo*, en *Estudios de Derecho procesal en honor de UGO ALSINA*, Buenos Aires, 1946, pág. 385 y sigs.; y *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, en *Studi in onore di EURICO RENDI*, vol. I, Milano, 1950, pág. 605.

(14) Cfr. nuestro trabajo *Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: el Ordenamiento procesal sevillano de 1360* (Discurso de Ingreso en el Instituto Español de Derecho Procesal, y Comunicación remitida al III Congreso de Derecho Comparado de Londres, 1950, passim.).

(15) Solamente he estudiado este Ordenamiento desde el punto de vista del juicio ejecutivo; pero ofrece características interesantísimas en cuanto a otros aspectos.

la *litis contestatio*, cuando en realidad esta idea ya había decaído incluso en el Derecho Romano postclásico, y ya no podía ser base de nada por no responder a la situación política, social y jurídica de la época (16); en esto se llegaba al mismo extremo de confusionismo y falta de capacidad constructiva que los demás juristas coetáneos.

Así cuando en el Consulado del Mar (17), en el *Breve Pisani Communis* (de 1286) y en la Clementina *Saepe contingit* (1306) aparecen en el Derecho Mercantil y Canónico sendos procesos *planarios* acelerados (18) carentes de *litis contestatio*—porque ha pasado a ser una fórmula y actuación procesal dilatoria y sin sentido—, todos los juristas aplican su ingenio a la estrecha y nefasta labor—continuación de la labor «romántica» de los justinianeos—de pretender que ya que no existe una verdadera *litis contestatio* en tales procesos, «se la ha de tener por concertada» en un momento procesal determinado (19).

Ligado con este error se cometía a la vez otro, cuyas consecuencias estimamos fueron muy graves. Aparecieron en España en la Baja Edad Media y principios de la moderna, procesos plenarios rápidos, derivados claramente del de la *Saepe contingit* y Estatutos italianos (20); pero nuestra doctrina, siguiendo en esto a los juristas italianos (21), los estimó como simplemente sumarios. Aunque su importancia y campo de aplicación crecía con el tiempo, la evolución del pensamiento procesal español, no se preocupaba excesivamente de ellos, sino que giraba en torno al proceso ordinario (actual juicio de mayor cuantía), menos funcional y cómodo que aquéllos, por estar basado en los puntos cardinales del procedimiento común (perdurando en él casi los mismos términos que en el *Stylus Curiae Romanae* y de la *Regensburger Termínsordnung*).

La consecuencia que aquí exponemos como hipótesis y que es objeto de estudio actual por parte de nuestra Cátedra (22), es que, la doctrina en torno a los procesos plenarios rápidos no se desarrolló lo debido con arreglo a su verdadera importancia; que el centro de gravedad de nuestros sucesivos Ordenamientos pro-

(16) Cfr. sobre este tema la bibliografía romanista y fuentes romanas en nuestro trabajo *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia. (Contra la doctrina de la litis contestatio)*, Barcelona, 1950, especialmente en pág. 40 y siguientes.

(17) Capítulo XXXVI de las Ordenanzas de la antigua forma judicial.

(18) Cfr. BRIEGLER: *Einleitung in die Theorie des summarischen Processes*, Leipzig, 1859, pág. 80, especialmente.

(19) Cfr., por ejemplo, DIEGO PÉREZ en las *Ordenanzas Reales de Castilla, recopiladas y compuestas por el doctor Alonso Díaz de Montalvo, glosadas por...*, vol. I, pág. 499 y sigs. (Madrid, 1779).

(20) Proceso mercantil en la Ley de los Reyes Católicos de 1494 (Medina del Campo); proceso civil en la Ley de los mismos Reyes en Toledo, 1480.

(21) Cfr. BRIEGLER, ob. últimamente cit., pág. 80 y sigs. 108 y sigs. y 169 y sigs.

(22) Cfr. mi trabajo *Proceso, procedimiento y mito jurídico*, a publicar en RDPArg., como homenaje póstumo al profesor James Goldschmidt.

cesales históricos está en el proceso ordinario (actual juicio de mayor cuantía), pasando los demás (actuales de menor cuantía y verbal) (23) a ocupar un lugar secundario. Pero si la labor de la doctrina y de los legisladores se hubiera centrado en el estudio de estos tipos de procedimiento, es posible que fuera muy diferente la situación actual de nuestro proceso civil (24).

Así, pues, en España, a través de los sucesivos Ordenamientos legales (25), sigue predominando el Derecho Común. En 1853 se produce un movimiento de revolución contra este estado de cosas, contra la lentitud, complicación y carestía de los procesos. El Ministro de Justicia don José María de Castro y Orozco, marqués de Gerona, dicta una «Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria». Esta obra fué una radical tentativa de renovación en la Administración de Justicia española; en más de uno de sus puntos hubiera podido ser suscrita por los procesalistas germanos de la gran escuela. Pero ni el terreno, ni la Abogacía, ni los Tribunales estaban preparados para esta súbita transformación, y no la sufrieron de modo pacífico; y así la «Instrucción» cayó entre grandes protestas de los juristas españoles contra ella (26).

La ley de Enjuiciamiento civil de 1855 nos devolvía a un estado de cosas no muy lejano del *solemnis ordo judiciorum*. Directa descendiente de la ley de 1855 es la actual y vigente Ley de Enjuiciamiento civil, de 1881, Derecho Común, recogido con todas sus ventajas, pero también con todos sus inconvenientes, ya que no se procedió por el legislador a una labor científica de expurgo de figuras inútiles y perjudiciales. Defectuosa en su sistema, en su técnica y en su lenguaje, proporciona continuamente graves conflictos que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no basta a resolver; precisa una seria y meditada reforma que aleje de ella lo inútil, obstaculizador y anticuado, conservando lo que tiene de bueno, adecuado y funcional (la *Praktibilität* y la *Zweckmässigkeit* de Franz Klein) (27).

(23) El procedimiento de pequeña cuantía (para litigios de valor económico de 1.000 a 5.000 pesetas) creado por la Ley de Bases de Justicia Municipal de 1944, es una variante del juicio de menor cuantía (para litigios desde 5.000 a 20.000 pesetas). Cfr. *Proceso, procedimiento y mito jurídico*, cit. § 8.

(24) Recordamos aquí el argumento de WACH, en cuestión muy ligada a ésta (*Mündlichkeit und Schriftlichkeit*, en los *Vorträge über die Reichszivilprozessordnung*, 2.ª ed., Bonn, 1896, pág. 25 y sigs.

(25) *Ordenamiento de Alcalá* (1348); *Ordenamiento Real* (1485); *Ordenanzas de Medina* (1489); *Ordenanzas de Madrid* (1502); *Ordenanzas de Alcalá* (1503); *Leyes de Toro* (1503); *Nueva Recopilación* (1567), y *Novísima Recopilación de las Leyes de España* (1805).

(26) Cfr. *Observaciones sobre la Instrucción del procedimiento civil, de 30 de septiembre de 1853*, dictamen elaborado por MONREAL, ACEVEDO, DÍAZ PÉREZ, GÓMEZ DE LA SERNA y M. SILVELA, en RGLJ, vol. III, pág. 13 y sigs.

(27) Cfr. KLEIN: *Erläuternde Bemerkungen zur Zivilprozessordnung*, en los *Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen*, Viena, 1897, vol. II; y nuestro trabajo *El Proyecto de ZPO austriaca visto por Franz Klein*, en RDP., vol. VI, 1950, núm. 1.

Ante tales problemas, el legislador ha acudido a dos técnicas: la primera, la de aumentar la amplitud del campo de aplicación de los procedimientos acelerados. En este sentido se puede decir que la aplicabilidad cada vez más amplia del juicio de menor cuantía, no es ni más ni menos que un elemental medio por el cual el legislador disminuye la cantidad de trámites procesales en beneficio de la celeridad y con escasa mengua de las posibilidades de las partes. Téngase en cuenta que sus límites económicos han pasado desde 250 pesetas a 1.500 de mínimo y máximo en 1881, a 5.000 y 2.000, respectivamente, en 1950; y que existe actualmente un proyecto de Ley para elevar esta cuantía hasta 100.000 pesetas. Este fenómeno es de atribuir, en parte, a la desvalorización de la moneda; pero en otra parte y si nos fijamos en el hecho histórico, constante a partir del siglo xv, de la amplificación del campo de los procesos plenarios rápidos, resulta ser una verdadera reforma del sistema procedimental; un arrepentimiento de no haber evolucionado en torno a este tipo de proceso (28).

Otra técnica seguida por el legislador español, es la de crear procedimientos extravagantes. Existe en la actualidad gran número de Leyes Extravagantes, con disposiciones procesales que en muchos casos (y en los más importantes, que son, el de procedimiento de pequeña cuantía—de 1.000 a 5.000 pesetas, LBJM—y el procedimiento de trabajo) se basan en principios modernos, y por ello opuestos a los que campean en la Ley de Enjuiciamiento, ocasionando graves problemas (29).

Nuestra Ley de Enjuiciamiento no peca ciertamente de conceptual; las ideas que recoge en relación con figuras como la de la acción, son las que pueden verse en cualquier Cuerpo Legal de los siglos xvii o xviii. Cualquier otra cosa que en ella quiera verse, es producto, o bien de la casualidad gramatical, o bien de la imaginación del exegeta. Con esto nos referimos a quienes han querido ver en la palabra «pretensión», utilizada en los artículos 715 y siguientes de la Ley, a la figura que actualmente se designa con tal nombre (30).

Pero tanto los procesalistas españoles como el Tribunal Supremo, han tomado posiciones doctrinales en torno al concepto de acción. Se hacen eco crítico de las doctrinas germanas e italianas, y adoptan una postura a veces original ante ellas. Hacer una labor expositiva y crítica supondría un trabajo específico, con

(28) He tratado de los procedimientos especiales españoles en «Innovazioni nella legislazione processuale spagnola», en *Ann. Dir. Comp.*, vol. XXVI, fasc. 2-3 (1950), *passim*.

(29) Cfr. sobre esto, *Proceso, procedimiento y mito jurídico*, cit. § 8.

(30) Se trata del procedimiento verbal, o de mínima cuantía (hasta 250 pesetas). La palabra «pretensión» aparece utilizada, unas veces bien, y otras, inadecuadamente. Cfr. nuestro trabajo *Acción* en «Enciclopedia Jurídica Española Seix», y ed. separada, texto y nota núm. 61.

variantes de los numerosos y excelentes que ya existen (31). Aparece también en España la doctrina de la pretensión, con variantes respecto a la idea carneluttiana (32). En otro lugar hemos expuesto nuestra opinión: entendemos que la idea de acción está encuadrada en un ámbito supra-procesal, en el del Derecho Constitucional; corresponde al poder de petición a las autoridades que las Cartas Fundamentales conceden al ciudadano. Ello no quiere decir que deje de interesar al procesalista; pues se trata de tal derecho, manifestado con caracteres específicos que nos sirven para diferenciarlo de otros resultantes también del poder genérico de petición. Las características que diferencian al derecho de acción de otros derechos de petición (por ejemplo, los de tipo administrativo) han de buscarse—y se encuentran—en las notas distintivas de la función jurisdiccional (33).

Los presupuestos procesales en nuestra Ley de Enjuiciamiento civil como consecuencia del directo influjo del Derecho Común y de la exaltación en la misma del principio dispositivo en todas sus facetas (que posteriormente se irán viendo), son tratados como «excepciones dilatorias» (art. 533) o «perentorias» (artículo 535), quedando a merced del demandado la posibilidad de oponer ante el Tribunal la falta de algún presupuesto procesal por medio de dichas figuras. Los únicos presupuestos procesales cuya existencia ha de examinar el Tribunal de oficio, son los de su jurisdicción y los de su competencia funcional y objetiva (34).

La falta de presupuestos procesales puede, pues, denunciarse (en el juicio ordinario de mayor cuantía) por medio de las excepciones dilatorias, con lo que se obtiene el resultado de paralizar el procedimiento hasta que se haya resuelto sobre ellas en el momento procesal de contestación a la demanda; pero también puede denunciarse por medio de las excepciones no dilatorias, o sea, juntamente con la contestación a la demanda, en cuyo caso, la excepción se tramita y resuelve a la vez que el fondo del asunto, sin que se produzca dilación en el mismo. Este tratamiento es el único posible cuando se trata de juicio de menor cuantía y

(31) Entre ellos, el que he leído últimamente del Prof. LIEBMAN (*L'azione nella teoria del processo civile*, en Riv. Trim. Dir. Proc. civ., 1950, núm. 1, y en los *Scritti in onore di FRANCESCO CARNELUTTI*). De la bibliografía española en que se pueden encontrar posiciones propias y críticas sobre el concepto de acción, doy cuenta en mi trabajo *Acción* cit.

(32) Cfr. GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, vol. I, Madrid, 1943, pág. 338 y sigs.; LOIS ESTÉVEZ: *Proceso y forma*, Santiago, 1947, pág. 107 y sigs.

(33) Cfr. *Acción* cit. Vengo así a coincidir con la posición adoptada por ALLORIO, parcialmente (Cfr. *Riflessioni sopra lo svolgimento della scienza processuale* en Jus. (Milán), Nueva Serie, 1950, fase I, págs. 97 y 101, especialmente).

(34) Cfr. con respecto a este punto RODRÍGUEZ SOLANO: *El principio de autoridad del Juez en el proceso y sus límites*, coconencia propuesta al I Congreso Nacional de Derecho Procesal, juntamente conmigo (Cfr. notas infra).

de pequeña cuantía, es decir, de 5.000 a 20.000 pesetas y de 1.000 a 5.000, respectivamente.

Pero la Ley de Bases de Justicia Municipal de 1944 se ha apartado de la anticuada idea de tratar a los presupuestos procesales bajo la máscara de excepciones dilatorias; y así, en el juicio por ella regulado (pequeña cuantía), el Juez, de oficio, debe de examinar lo correspondiente a su jurisdicción, competencia y capacidad de las partes.

En principio, creemos que ésta debe de ser la solución a adoptar en una futura reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil. Los presupuestos procesales deben ser examinados de oficio, aunque también se admita que sea la parte quien denuncie su falta; la colaboración de Juez y partes en este punto debe resultar beneficiosa, sin merma de garantías ni de la imparcialidad. Por otra parte, los presupuestos procesales deben de ser objeto de constante atención por parte del Juez, concediendo a éste las oportunidades procesales necesarias.

Por ello, es posible que fuere útil introducir en la legislación procesal civil española una actuación análoga a la *Erste Tagsatzung* o *Vortermin* de la ZPO austríaca, que con éste u otros nombres y variantes se ha extendido por muchos países europeos y hasta americanos.

El pensamiento de Klein fué el resultado de meditar que en un sistema—como el de su ZPO—en el que rija el principio de concentración, el Juez ha de dedicar gran energía y esfuerzo para evacuar las actividades probatorias con la máxima celeridad. Este esfuerzo ha de ser compartido por las partes. Por ello, es preciso que antes de desarrollarlo se estudien los procesos para determinar si están o no en condiciones de ser recibidos a prueba, a fin de evitar que surjan durante ellas obstáculos procesales o materiales de necesaria resolución previa que puedan hacer inútil cuanto sobre el fondo se haya actuado, o al menos, ponerlo en peligro y obligar a todos a aplicar a ellos fuerzas y actividad no escasas (35). Este pensamiento es aplicable al proceso español, cuyo más grave inconveniente, como veremos, es la enorme posibilidad que las partes tienen de provocar procedimientos incidentales con fuerza suspensiva del proceso principal.

Pero también hay que tener precaución en un excesivo intento de concentración del proceso. «El más grave problema dentro de la aspiración hacia la economía...—dice Prieto Castro—lo constituye el de la ordenación de las cuestiones incidentales. Hay que observar gran parsimonia al regularlo... Aplicando la má-

(35) Cfr. nuestra Ponencia presentada al I Congreso Nacional de Derecho Procesal sobre *El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites (sobre los presupuestos procesales)*.

xima economía de las audiencias concentradas, como reacción a ultranza contra ese sistema (escritura), llegaríamos a los mismos inconvenientes que intentamos combatir. Por el afán de no diferir o paralizar el negocio principal, se trataría conjuntamente sobre el fondo y acerca de las otras cuestiones, de suerte que, al final, podría ocurrir frecuentemente que el obstáculo constituido por el tema accesorio impida resolver sobre el asunto principal, con lo que la actividad integral desplegada sería inútil. Una aspiración de economía conduce entonces a la máxima antieconomía» (36).

Las críticas que contra la audiencia preliminar he podido ver, se basan en la distribución de funciones en la primera instancia entre un Juez Instructor y un Tribunal sentenciador (37). Este inconveniente desaparece automáticamente en el Ordenamiento Jurídico español, en el cual se atribuyen siempre a un Juez único todas las funciones instructorias y decisorias de la instancia, sin que hayan surgido quejas por este sistema. Pero la audiencia preliminar extendería su ámbito, no sólo al examen de los presupuestos procesales, sino también a otros problemas (38).

Y vamos a exponer con brevedad cuál es el sistema de principios procedimentales que predomina en el proceso español.

El proceso declarativo español se basa en el principio de la audiencia bilateral («audiatur et altera pars») que se observa a través de las oportunidades procesales paralelas que la Ley de Enjuiciamiento concede a las partes; el perjudicado por la violación de tal principio puede recurrir por ello en casación por quebrantamiento de forma (artículo 1.693, núms. 1 y 5).

Aparece en nuestro juicio de mayor cuantía, como residuo histórico no depurado, un resto de lo que fué la *in jus vocatio* romana. Presentada y admitida la demanda, se emplaza al demandado para que, en el plazo de nueve días, comparezca ante el Tribunal «personándose en forma» (artículo 525) para que «se le tenga por parte» (artículo 530); después de lo cual se le concede un nuevo plazo de veinte días para que conteste a la demanda.

Se trata de un vestigio de la antigua necesidad de comparecer para concertar el contrato de *litis contestatio*. Hoy día, este trámite—incongruente desde el momento en que se admite el proceso en rebeldía del demandado—constituye solamente una di-

(36) Cfr. PRIETO CASTRO: *Precisiones sobre la escritura y oralidad en el Derecho procesal español*, en los *Scritti in onore di CARNELUTTI*, y en *Rev. Jur. Cat.*, 1949, núm. 3, pág. 218.

(37) Cfr. mi trabajo cit. en nota núm. 35, en donde me hago eco de la literatura austriaca e italiana.

(38) El lugar de tratar este tema está en el trabajo siempre cit. en la nota 35.

lación inútil, carente de sentido, como carece de sentido todo cuanto recuerde a la *litis contestatio* (39).

Pero en nuestro sistema procesal vigente ocurre lo mismo que ocurría en las Edades Media y Moderna; esto es, que, tal como allí, en los procesos que por su objeto debían de ser rápidos, uno de los trámites que desaparecía era la *litis contestatio*, aquí, en los juicios en los que se ha tratado de conseguir la rapidez que en todos es necesaria, ha sido eliminado el trámite de «personación para constituirse como parte», trámite-homenaje a la *litis contestatio*. Y sólo subsiste en el proceso declarativo ordinario (juicio de mayor cuantía) (40).

Pero, a pesar de todo, y continuándose en el error de otros tiempos por algunos juristas, aun el Tribunal Supremo alude a veces expresamente a un pretendido fundamento cuasi-contratual del proceso. Contra esta arcaica interpretación de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado hay que oponer que, actualmente, no es preciso que aquéllos acuerden someterse a los Tribunales estatales, ya que viven sometidos a ellos; la defensa privada fué sustituida por un derecho de petición al Estado, una de cuyas manifestaciones específicas es el de acción; es la situación histórica actual del desarrollo de la función jurisdiccional lo que ha anulado a la *litis contestatio*.

El principio de audiencia bilateral tiene excepciones en algunos procesos declarativos sumarios. Tales son los interdictos (que en nada se parecen a los interdictos romanos), procesos posesorios en los que a la presentación de la demanda sigue una fase de «información» unilateral a cargo de la parte actora sobre los hechos que alega en su escrito; después de dicha «información» (testifical) se da audiencia al demandado, pero no antes.

El proceso español se basa en el principio dispositivo en sus varios enfoques; son las partes quienes poseen el dominio del proceso, ante un Juez con escasas facultades. Las partes incoan el proceso; sus pretensiones vinculan al Juez—y están protegidas por el recurso de casación—; pueden renunciar a la acción, desistir del procedimiento, allanarse a la demanda, transigir, someter el litigio a un Tribunal arbitral o de amigables compone-

(39) Cfr. sobre estas ideas en mi *Grundriss des spanisch-n Zivilprozessrechtes* (Zurich, 1946), cit., pág. 16 y sigs.; en *El desistimiento y su bilateralidad* cit. pág. 67 y sigs. y en *Proceso*, cit. passim.

(40) Se nos ha dicho en alguna ocasión que dicho plazo de nueve días tiene utilidad por venir a ampliar el que el demandado tiene para contestar a la demanda; que en muchas ocasiones, el actor ha preparado su demanda durante largo tiempo, tiempo que también le sería preciso al demandado para preparar su defensa, por lo que el citado plazo de nueve días le viene muy bien. Estas consideraciones tienen valor práctico, al menos discutible. Pero, de aceptarlas, lo que se debe de hacer, es ampliar el plazo para contestar a la demanda, mas no conservar un trámite que ofende al sentido actual de lo procesal con su existencia.

deces; la ejecución forzosa—de carácter judicial—tiene lugar a petición del vencedor (41).

Ya hemos visto cómo el sistema seguido en materia de presupuestos procesales pone a las partes en situación de disponer de los mismos, pudiendo o no denunciar su falta por la vía de las excepciones (cosa que ya no ocurre en la Ley de Bases de Justicia Municipal).

Durante el período de alegaciones del proceso (demanda-contestación, etc.) el Juez tiene facultades que en términos generales se reducen a velar por la forma del proceso; es un órgano de relación entre las partes, y aun de relación no inmediata; pues como consecuencia de predominar el principio de la escritura, aparece la figura del Secretario Judicial, que media entre partes y Juez.

En el proceso ordinario (juicio de mayor cuantía), son las partes quienes determinan la necesidad o falta de necesidad de recibirlo a prueba (no ocurre así en el proceso de menor cuantía—de 5.000 a 20.000 pesetas—ni en el de pequeña cuantía—de 1.000 a 5.000 pesetas, creado por la Ley de Bases de Justicia Municipal de 1944); en ambos tipos procedimentales, es el Juez el que determina pasar al estadio probatorio cuando lo estima necesario (artículo 550, 693 de la Lec., y Base 10, C), regla 6.ª de la LBJM de 1944).

El Juez sólo puede tener en cuenta los hechos alegados por las partes; los hechos notorios, de acuerdo con la Jurisprudencia—en la cual, no obstante, se abre ya camino la opinión contraria—, no pueden ser tenidos en cuenta por el Juez de oficio. Cuando procede practicar la prueba de los hechos, el Juez tiene facultades para repeler los medios de prueba que juzge como impertinentes o inútiles (artículo 566); mientras que las partes y con excepción de la prueba de reconocimiento pericial (artículos 611 y 612), no tienen oportunidad de pronunciarse en favor o en contra de la admisibilidad de los medios ofrecidos por sus respectivos contrarios.

Los medios de prueba solemne admitidos son los de documentos privados y públicos, reconocimiento de libros, pericias, reconocimiento pericial y testigos. En cuanto a la confesión, se la considera como medio de prueba a la judicial; existiendo dos tipos, en los que se mezclan confusamente los antiguos medios dispositivos del juramento con el interrogatorio de la parte (el cual también es jurado, aunque el juramento no sea decisivo). La cuestión se complica aún más por existir en el Código civil normas sobre la confesión en juicio, que difieren de las de la

(41) Sobre este punto y otros que se tratarán, cfr. mi trabajo *Para la elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento* en ADC, vol. I (1948), fasc. 4, y RDPArg., 1949, núm. I y II y *Grundriss* cit.

Lec., proporcionando graves conflictos para la construcción de las figuras científicas (42).

La prueba de práctica con contradicción, las partes presentes, la carga de la prueba está distribuida según las normas contenidas en diversos lugares del Código civil (43).

Las partes, en el juicio de mayor cuantía, pueden acortar el período de cambio de escritos, ya que pueden renunciar a los de réplica y dúplica (artículo 547); pueden alterar, modificar y adicionar los hechos y las pretensiones y excepciones formuladas, siempre que ello no implique una modificación de la demanda y contestación (artículo 548). Esto constituye una muestra de la rigidez con que se conservan los principios del derecho común en cuanto a la necesaria sustanciación de las demandas; y una prohibición de la transformación de la demanda muy severa, que en ocasiones puede ir contra la economía procesal (44). En los escritos de réplica y dúplica, las partes han de pronunciarse claramente sobre la veracidad o no veracidad de los hechos alegados por la contraria en sus escritos, bajo sanción de *facta confessio* que el Juez puede estimar. Y con respecto a los *nova reperta* se les puede alegar en un escrito, llamado «escrito de ampliación», que se debe de presentar durante el período de proposición de prueba, preclusivamente, cuando los hechos sean de importancia, y en cuanto a los de nuevo conocimiento se jure no haberlos conocido con anterioridad (artículo 563); también se les puede alegar en apelación cuando el Tribunal estima que son de importancia.

Las partes disponen, tácitamente o expresamente, de la competencia territorial, y también tienen influencia sobre la determinación de la especie de procedimiento a seguir, puesto que son ellas quienes fijan y determinan el valor del objeto litigioso. Y, por último, queda a su disposición el que, una vez terminada la práctica de la prueba, tenga lugar o no una audiencia oral de crítica de lo realizado, o bien, que sea sustituida por dos escritos que las partes presenten al Tribunal (escritos de conclusiones).

En frente de estas facultades de las partes, no son demasiado amplias las concesiones que nuestra Ley Procesal concede al Juez: ya hemos visto que durante el período de cambio de escritos (alegaciones) el Juez asume casi el papel de un organismo mediador entre las partes, sin que apenas tenga facultades en cuanto al interesantísimo punto de los presupuestos procesales.

El Juez español aprecia la prueba «de acuerdo con las reglas de la sana crítica», sistema intermedio entre el de prueba legal

(42) Cfr. PRIETO CASTRO: *Claves para la reconstrucción histórica y práctica del Derecho español sobre la confesión judicial civil* en RDP. 1940. núm. 3.

(43) Cfr. PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal civil*, Zaragoza, 1946. vol. I, pág. 311 y sigs.

(44) He criticado esta rigidez en mi obra *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago, 1949, especialmente en la II parte, pág. 101 y sigs.

o tasada y el de libre apreciación que pueda conducir a lo irracional (art. 609 y otros de la Ley); este principio tiene, como excepciones, algunos restos de la vieja doctrina de la prueba legal, que entraron al amparo de la confusamente tratada figura de la «confesión en juicio», ya que la confesión con juramento decisorio, que nuestra Ley trata como medio de prueba, y que en realidad es un simple medio dispositivo del proceso, surte prueba plena. Pero el juramento decisorio prácticamente ha desaparecido; y en cuanto a la «confesión con juramento indecisorio» (interrogatorio jurado de las partes), el Tribunal Supremo comenzó ya a considerarla como de libre apreciación (de acuerdo con las normas de la sana crítica). Las referidas reglas son máximas de la apariencia a seguir por el Juez.

El Juez puede repeler la demanda *ad limine* a causa de defectos formales. La LEC. y la Jurisprudencia autorizan a no dar curso a las demandas que se formulen sin cumplir los requisitos del artículo 524 (arg. del artículo 525), o no vayan acompañadas del poder que acredite la representación del Procurador (artículo 3, párrafo 2.º) o carezcan de la firma de Letrado cuando sea necesaria (artículo 10) o se presenten sin estar acompañadas de las copias de los escritos o documentos (45) o sin las certificaciones del acto de conciliación cuando este sea exigible (artículo 462) o cuando no se hayan cumplido los requisitos fiscales (46); las demandas de pobreza pueden ser rechazadas *ad limine* cuando no reúnan los requisitos previstos en el artículo 28 (artículo 29); las de tercería, cuando no se las acompañe del título que les sirva de fundamento (art. 1.537) (47).

Estimamos que estas atribuciones en cuanto a la repulsa de la demanda *ad limine*, deberían de ampliarse en un sentido y restringirse en otro. Restringirse desde el momento que la forma tiene por finalidad una función de garantía, cuando no la cumpla y solamente represente un indebido y no depurado arrastre de materiales históricos procedentes de épocas en que la forma asumía casi el carácter de rito religioso, debe de desaparecer. Una adecuada interpretación del Tribunal Supremo ha conducido a borrar prácticamente el requisito previsto en el artículo 524 y 62 de la LEC., de haber de expresar la clase de acción que se ejercita en la demanda cuando por ella haya de determinarse la competencia, esto es, casi una *edictio actionis*.

De otro lado, estimamos que se debería conceder al Juez en un futuro ordenamiento procesal civil, la facultad de repeler la de-

(45) Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1885 y 10 de julio de 1886.

(46) Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1927 y 6 de noviembre de 1928.

(47) Cfr. RODRÍGUEZ SOLANO: *El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites*, Ponencia presentada al I Congreso Nacional de Derecho Procesal.

manda *ad limine* por defecto de ciertos presupuestos procesales, cosa que ya no es extraña a nuestro Ordenamiento legal (48) (artículos 73, 491 y 717 de la LEC. en cuanto a la Jurisdicción y la competencia objetiva; Base 10, C), regla 4.ª de la LBJM sobre la competencia, y 9.ª, b), sobre la capacidad de las partes; e importante declaración—fundamental, aunque contradicha en la misma Ley—en el artículo 2 de la LEC. «Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles»).

Pero en la LEC., la norma general—con las excepciones de la Jurisdicción y competencia objetiva y funcional—sabemos que es que la falta de presupuestos procesales ha de denunciarse por el demandado, por vía de excepción.

El Juez español puede ordenar la subsanación de defectos en las actuaciones de las partes, siempre que la norma que rija dicha actividad y su forma no sea absoluta; y es de tener en cuenta que casi todas las de la LEC. lo son. Ya hemos visto también cómo el Juez puede admitir o repeler los medios de prueba aprobados por las partes; y como, sin embargo, no se admite que a falta de petición de las partes pueda abrir el estado probatorio en el juicio de mayor cuantía (aunque sí en el de menor cuantía cuando haya divergencia entre las partes en relación con los hechos alegados).

Durante el período de práctica de la prueba, el Juez tiene posibilidad de pedir aclaraciones a las partes y testigos sobre sus respectivas deposiciones; pero no se admite que pueda ordenar, como actividad probatoria, el interrogatorio de las partes o de testigos.

La más importante atribución del Juez en la primera instancia es la de ordenar que se practiquen diligencias para mejor proveer.

Una vez concluso el proceso puede suspender el plazo que tiene para elaborar la sentencia y ordenar que se le traiga cualquier documento que crea conveniente para esclarecer el derecho de las partes, exigir confesión judicial a cualquiera de ellas sobre hechos que estime de influencia y que no resulten probados, ordenar la práctica de reconocimientos judiciales o periciales o ampliación de los ya verificados, y traer a su vista cualesquiera actas que tengan relación con el proceso (artículo 340 de la LEC.). Según la LBJM., el Juez puede ordenar que se practique cualquier diligencia para mejor proveer, excepto la de interrogatorio de testigos.

Estas diligencias, para mejor proveer, son una concesión hecha al principio oficial; mediante ellas, el Juez puede intentar la

(48) Amplias consideraciones sobre este punto, en mi Ponencia, para el citado Congreso, *El principio de autoridad* cit. (*Sobre los presupuestos procesales*).

obtención de la verdad material, en un momento procesal en que las partes no pueden obstaculizar su labor, por no tener oportunidad procesal de actuar, ni posibilidad de oponerse, ni más intervención en las referidas diligencias que la que el Juez acuerde, ni recurso contra ellas (art. 340). No se trata, pues, de actividades probatorias, en el sentido que a esta expresión se da en España (con contradicción, publicidad y reparto de la carga probatoria).

Tanto la LEC, como la LBJM., como las demás leyes extravagantes que prevén diligencias para mejor proveer—y su uso está previsto en general en todos los procedimientos contenciosos españoles—exceptúan de las mismas al interrogatorio de testigos. Con respecto a tal exclusión, se la justifica, por unos, diciendo que tal cosa ocurre por causa de la desconfianza que tal medio probatorio inspira (49); por otros, diciendo que con su exclusión, se trata de evitar que el Juez ponga a contribución su ciencia privada sobre las personas y los hechos (50). Entendemos, no obstante, con referencia a esta opinión, que también al ordenar la práctica de un reconocimiento judicial podría utilizar el Juez su ciencia privada. Más acertado es pensar en la inseguridad de la prueba testifical por el hecho de no ser preconstituida como lo es la documental (51); pero, teniendo en cuenta el vigente principio de libre apreciación, creemos que no puede perjudicar en nada la práctica del interrogatorio de testigos como diligencia para mejor proveer, rodeándola de ciertas garantías (52).

Entendemos como muy acertado el que no se conceda a las partes intervención en la práctica de las diligencias para mejor proveer; más que aquella que el Juez acuerde, pues es lógico que una vez desarrollado un procedimiento en el que desde el principio predominó el principio dispositivo, tenga el Juez una posibilidad de investigar con cierta libertad. No obstante, habría que poner a salvo la economía procesal, marcando al Juez plazos impropios para la práctica de tales diligencias, con lo que se evitaría retraso en la labor de sentenciar.

Las diligencias para mejor proveer, como ya hemos dicho, están a disposición de los Tribunales en casi todos los procedi-

(49) Cfr. GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil* cit., vol. I, página 910.

(50) Cfr. PRIETO CASTRO: *Problema del juicio de pequeña cuantía*, en RDP., vol. II, 1946, pág. 404.

(51) Cfr. PRIETO: *Ob. cit.*, pág. 105.

(52) Por ejemplo, como ocurre en otros Ordenamientos Jurídicos: imponiendo que el Juez pudiera interrogar solamente a los testigos que hubieren sido citados como tales por las partes, o a personas a las cuales se hubiera aludido en el curso del juicio, de tal modo que su nombre y situación genérica con respecto al litigio fuera conocida por el Juez por razón de su cargo y no por ciencia privada.

mientos declarativos españoles, en la apelación (art. 854) y aún alguna de ellas, también en casación (art. 1.746). En la apelación del juicio de mínima cuantía (el llamado juicio verbal, hasta 2.000 pesetas de valor económico), en el cual no es posible la admisión de pruebas, se aprovecha en la práctica para realizarlas, cuando sea necesario, el sistema de las diligencias para mejor proveer.

Como excepción del principio dispositivo, hay que citar a los de estado y condición civil de las personas, así como el que rige actualmente las escasísimas cuestiones de divorcio civil. Naturalmente, en ellos impera el principio oficial (53).

El procedimiento ordinario español tiene un carácter predominantemente escrito; nueva consecuencia del influjo del Derecho común. Cierto es que el conjunto de principios formales por que se rige un Ordenamiento procedimental determinado, no solamente depende de la influencia de la Historia, pues en varios casos vemos cómo una reforma invierte los términos de la cuestión (por ejemplo, la reforma alemana del siglo XIX, que se emancipa a las consecuencias de la *Jüngste Reichsabschied* de 1654. El problema oralidad-escritura no tiene solución absoluta, tal como en algunas ocasiones se ha querido presentar, porque no sólo depende de factores técnico-procesales (entre los cuales hay que incluir en primer lugar a la formación de los Jueces, desde su organización administrativa hasta su retribución), sino también de otros, como lo son la idiosincrasia y la educación social y política y jurídica de los individuos y de los pueblos. De acuerdo con la consideración de estos factores en España, entendemos que salvo para los procesos sobre *Bagatellsachen*, la oralidad ampliamente concebida, no tiene cabida (54).

La fase de alegaciones del proceso español es escrita—con excepción del juicio verbal o de mínima cuantía—; la exposición de la situación litigiosa, hecha por las partes en sus escritos de demanda y contestación, las liga y vincula al Juez; ya hemos visto cómo no se admite en España una transformación de la demanda. Y ello, a la vez, nos lleva a la secuencia técnica de que en España impere en cuanto al contenido de las deman-

(53) Nos hemos remitido a hablar de los procedimientos regulados fundamentalmente en la Lec. y en la LBJM; en cuanto a los demás, entre los cuales pueden encontrarse principios fundamentales opuestos a los que acabamos de exponer, su exposición y crítica está hecha en otro trabajo ya citado, que se publicó ya en el *Anuario di Diritto Comparato* del Ministero di Grazia e Giustizia. También allí puede encontrarse la bibliografía referente a dichos procesos extravagantes.

(54) Sería aplicable a España, la crítica que de la oralidad hacia HEUSLER (Cfr. *Der Zivilprozess der Schweiz*, Berlín-Mannheim-Leipzig, 1923, pág. 54). Cfr. también, sobre el problema, PRIETO CASTRO: *Precisiones* cit., y su Ponencia sobre los principios de la oralidad y escritura presentada al I Congreso Nacional de Derecho Procesal.

das, la doctrina de la sustanciación (55); las posibilidades procesales que dichos escritos representan, a efectos de la alegación de hechos, son preclusivas, con la escasa excepción que representa la posibilidad de alegar los *nova reperta* en el escrito de ampliación. Otra consecuencia, ligada menos directamente, es el sistema actual de la apelación española, muy semejante a la de la ZPO. austríaca, concentrada sobre el examen de la sentencia, con escasas posibilidades de *jus novorum* y de una nueva instrucción (56).

La importancia procesal del escrito de demanda, que, como vemos, ha de contener una plena y completa fundamentación, supone la posibilidad plenamente existente en nuestro Ordenamiento procesal, de seguir un proceso en ausencia del actor, sin que obstaculice fundamentalmente la ausencia del mismo de la práctica de las pruebas ni de la audiencia oral que después puede celebrarse. Basta, pues, con el escrito de demanda, para provocar un proceso que continúe hasta su final natural sobre el fondo del asunto.

En los escasos procedimientos orales—el de mínima cuantía—el escrito de demanda tiene un carácter simplemente preparatorio; la fundamentación que puede contener (art. 720 de la LEC.) es simplemente preliminar y no tiene eficacia de por sí para mover todo el proceso; la verdadera y fundamental demanda se propone en la audiencia, y si el demandante no comparece a ella, se le tiene por desistido (art. 728 de la LEC.).

Llevaría quizás bastante espacio una exacta exposición de las consideraciones que nos hacen creer como no apetecible la implantación de la oralidad para el estadio de alegaciones de nuestro juicio ordinario, y queda para otro momento; pero hemos de hacer constar que muchas críticas de las que se hacen a Códigos procesales que han aceptado la oralidad para este período procesal, se hacen por razón de las corruptelas aparecidas contra dicho principio y en dicha fase. Así, en Austria, el escrito preparatorio previsto en los párrafos 76 y 78 de la ZPO. ha perdido dicho carácter; se había estatuido que no pudiera sustituir a la demanda oral, pero en la práctica actual, lo sustituye; en el procedimiento ante el Tribunal colegiado, en el que también existe lo que antaño fué un escrito preparatorio de contestación a la demanda, en la realidad actual sucede que tampoco el demandado contesta oralmente; de modo que la audiencia principal suele comenzar por la resolución sobre prueba (57).

En Italia, asistimos también a un fenómeno, que de mal gra-

(55) Cfr. sobre este punto *in extenso*, mi obra *La transformación de la demanda* cit., especialmente pág. 21 a 58

(56) Sin embargo, en otro sistema histórico anterior, existió una apelación más amplia, con nueva instrucción (Cfr. ejemplos históricos en mi obra cit. en nota anterior).

(57) Nos referimos a NOVAK: *Praktisches Zivilprozessrecht*, en JBl., 1949, especialmente pág. 117.

do la oposición de los procesalistas científicos, ha llevado a la admisión plena de la *trattazione scritta* autorizada por el Juez (Decreto de 5 de mayo de 1948) (58); en el Cantón de Zurich—y su ZPO. es una agradable sorpresa para el jurista habituado a manejar solamente los Códigos de los grandes países—cierto es, que, a pesar de prevenirse que el actor estaba autorizado a presentar un escrito preparatorio (parágrafo 146 de la ZPO.), este medio de preparación escrita tardó bastante tiempo en ganar terreno (59); pero la Novela de 7 de abril de 1935 determinó que el referido escrito sustituyese a la fundamentación oral de la demanda en la audiencia (60).

El principio de la escritura tiene también gran importancia en la fase probatoria del proceso español; en los ordinarios, los medios de prueba se proponen por escrito, incluso los interrogatorios previstos para partes y testigos; en los procesos especiales en que la oralidad tiene más desarrollo, lo más importante son las actas; las audiencias orales tienen lugar en la práctica en muchas ocasiones sin la presencia del Juez, abrumado de trabajo; o se limitan a la presentación de notas escritas que por el Secretario se incluyen en el acta.

En la fase probatoria es en donde la oralidad y sus principios conexos podrían tener una más amplia aplicación, con el fin de obtener la inmediación; naturalmente, un mayor predominio de la oralidad haría disminuir la rigidez que supone el hecho de que se haya de presentar previamente por escrito el interrogatorio de las partes y testigos, sin que sean suficientes los medios que la Ley pone a disposición de Juez y partes para obviar tal inconveniente (posibilidad de dirigir una parte a otra preguntas y observaciones conducentes a la averiguación de la verdad: interrogaciones del Juez para aclarar los hechos en la prueba de confesión; y análogas facultades de todos en la prueba testifical).

No obstante todas las dificultades de tipo orgánico judicial, el procedimiento probatorio español es oral en su parte esencial; esto es, cuando se trata de actividades probatorias cuya dinámica es al menos tan interesante como su resultado. Es de

(58) Cfr. la sección que la *Rivista di Diritto processuale* dedicó durante estos años a la polémica en torno al Código del proceso civil. Pero es de notar, en apoyo de nuestro aserto, hecho patente en múltiples ocasiones (y la última, en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal) que la base de cualquier reforma procesal de entidad debe de ser la preparación de un organismo judicial adecuado para asumir las funciones que les encomiende un futuro Código, cuyo proyecto esté, al menos, esbozado. Tanto los atacantes como los defensores del Código italiano dirigen su tiro más bien sobre la organización judicial y la abogacía que sobre el propio procedimiento.

(59) Así puede verse en FRITZSCHE: *Das Zivilprozessrecht in der Schweiz* en LESKE- LÖWENFELD: *Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr*, Berlin, 1933, vol. I, pág. 238.

(60) Cfr. STRAULI Y HAUSER: *Zürcherische Rechtspflegegesetz*, Zurich, 136, vol. II, pág. 263, com. 1.º al § 146.

notar que consideramos divididas a las actividades probatorias, desde el punto de vista de la intermediación, en dos grupos; uno de ellos, ya citado, de actuaciones en que la directa e inmediata observación por el Juez de su desarrollo, es tan importante como el contenido de las mismas (por ejemplo, el interrogatorio de las partes y testigos, en que el Juez ha de valorar no solamente el contenido de las declaraciones, sino también el comportamiento de los sujetos durante la deposición de las mismas); y el otro grupo, comprende otras actuaciones probatorias, en que la importancia de su contenido excede en mucho la importancia de la observación judicial de la dinámica formal; el protocolo es lo interesante. Así, por ejemplo, en materia de prueba pericial, en muchas ocasiones en que se trata de máximas de la experiencia muy específicas; en tales casos, más importante que la asistencia inmediata del Juez a las operaciones técnicas (que no comprenderá por falta de preparación técnica), es el resultado que los peritos presenten, esto es, el dictamen, que puede ser muy bien escrito, siempre que el Juez pueda—y según nuestra Ley, puede—formular preguntas de aclaración al mismo (61).

En tales casos, es admisible una excepción a la intermediación y a la oralidad.

Pero aunque se acepte un sistema oral para el período probatorio en un ordenamiento procesal, no se debe descuidar la protocolización, pues si se la elimina —en beneficio de la rapidez— o se la reduce a un *minimum*, las actividades probatorias se pierden en su mayor parte, de tal modo que apenas queda memoria histórica de las mismas a efectos de valorarlas en la segunda instancia y en casación; en tal caso, la instrucción debería de reiterarse casi totalmente (e inútilmente en gran número de casos) en apelación, con lo cual, de otra parte, padecería el principio de concentración y la rapidez de la misma. He aquí la razón de la extremada importancia de la protocolización en un procedimiento oral; y más, cuando se trata de un sistema como el español, en el que la posibilidad de una nueva instrucción probatoria en apelación se remite solamente a los casos de «*nova reperta*» y otros muy limitados en los que no se trata de una reiteración de la llevada a cabo en la primera instancia.

Teóricamente, el tratamiento que nuestras leyes dan a la protocolización es bastante; el Cuerpo de Secretarios judiciales, representa en España un gran apoyo, por su calidad; pero fallan los medios materiales, que es preciso mejorar.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, previene la celebración de una audiencia oral una vez terminada la fase probatoria del procedimiento. En el juicio de mayor cuantía es facultativo de las partes, que tácitamente pueden optar por un nuevo escrito cada

(61) Cfr. como manifestación específica nuestro trabajo sobre *La investigación biológica de la paternidad desde el punto de vista procesal*, en ADC, 1950 (III), fasc. 3.º

una—escrito de conclusiones en que se exponen los hechos debatidos, las pruebas y se critica la prueba de la parte contraria (artículo 670); en el juicio de menor cuantía la audiencia (vista) es obligatoria. En la práctica, ya hemos dicho que en muchas ocasiones, la audiencia se limita a la inclusión en un acta de dos notas escritas presentadas por las partes. Y el Juez, para dictar su sentencia, se ha de basar en el principio *quod non es in actis, nec in mundo*; es decir, que estas manifestaciones de la oralidad—que la práctica reduce en ocasiones a escritura—tienen escasa importancia.

En el juicio de pequeña cuantía (de 1.000 a 5.000 pesetas, regulado por la LBJM de 1944) (62), existe una audiencia principal una vez terminada la fase de alegaciones; pero no se admite en ella la transformación de la demanda, de tal modo que lo que vincula al Juez es el concepto de los escritos de demanda y contestación; después, en la misma audiencia, se celebra el recibimiento a prueba (63). En realidad, donde más desarrollo alcanza la oralidad es el procedimiento de mínima cuantía (hasta 1.000 pesetas); después de un escrito preparatorio de demanda, las actuaciones se concentran en una audiencia oral.

Como vemos, pues, la oralidad en la primera instancia española tiene poca importancia; el centro de gravedad reside en los escritos o en la protocolización de las actividades que se desarrollan oralmente. El imperio de una rígida preclusión favorece además a la escritura.

En apelación existe una primera fase que se desarrolla por escrito (interposición del recurso: escrito de conformidad o disconformidad con el apuntamiento; interposición en este momento de la apelación adhesiva; práctica de prueba si hubo hechos nuevos o se produjo alguno de los otros casos en que se admite (art. 862 y 863); después, se produce una audiencia principal de gran valor, ya que es en ella donde se desarrolla la fundamentación del recurso y la defensa de la sentencia recaída en 1.ª instancia por las partes. Pero también cabe la posibilidad de que las partes pidan la sustitución de dicha audiencia por un escrito (de alegación en dedeño (art. 876 y ss.). En casación, el recurso se interpone por escrito y fundadamente: al final del procedimiento, existe una audiencia oral, que en la moderna legislación tiende a desaparecer (64).

Puede decirse pues, que en España, como secuencia del gran influjo del Derecho común en nuestro Ordenamiento vigente, así como por el escaso desarrollo de los estudios procesales en la

(62) Lo tratamos más extensamente en el trabajo cit. *Ann. Dir. Comp.*, y en «La moderna legislación española en materia contenciosa», en BUS., 1950, y ed. separada.

(63) Las reglas por las que se rige el recibimiento a prueba son las mismas generales que están en la I.E.C.; la diferencia estriba en que el recibimiento a prueba en la LBJM. es más concentrado en el tiempo.

(64) Cfr. el trabajo cit., en nota núm. 62.

época de la codificación que tomasen como meta los procedimientos que se desarrollaban bajo el principio de oralidad completa, ésta no rige sino en el estadio probatorio y aún sólo en parte. Dificultades de orden material, derivadas a su vez de defectos existentes en la Organización judicial (exceso de trabajo, falta de medios modernos para acelerar la protocolización) hacen que prácticamente, la oralidad se torne casi en escritura en ciertos casos.

Pero también es preciso decir que la oralidad pura, introducida en España sin una previa y larga preparación del personal judicial, de los Abogados, y aún de los justiciables, entrañaría consecuencias de desorden difíciles de prever en cuanto a su alcance (65); lo que es de desear es que, desapareciendo los inconvenientes prácticos que en la actualidad se oponen a que la práctica de la prueba sea dirigida materialmente por el Juez, éste puede preocuparse de que se lleve a efecto en estricta inmediación, a fin de poder ejercitar las facultades de dirección que la LEC. le concede, las cuales, si es preciso, deberían ser ampliadas (66).

La amplitud con que rige en el proceso español el principio de la escritura, lleva consigo la mediación, la limitación de la publicidad, la eventualidad—combinada con una severa preclusión—y la falta de concentración.

Es evidente que al consistir fundamentalmente el procedimiento en escritos, documentos y protocolos, se exalta a la figura del Secretario judicial, el cual media entre las partes y el juez; con ello, las partes pierden el directo contacto con dicha persona.

Hemos visto que nuestra LEC. prevé la inmediación para la práctica de la prueba, y en especial para aquellos medios en que reviste más importancia; pero se trata de una inmediación que en ciertos casos prácticamente no se da, y que, además, no va coherentemente acompañada de los principios que deben ser su secuencia: ya hemos visto cómo se sigue el rígido sistema de los interrogatorios escritos, así como el de solicitar por escrito la prueba pericial, sin que baste a obviar esta rigidez, la facultad del Juez y de las partes, de pedir aclaraciones.

Son evidentes las ventajas de la inmediación (siempre que no se traduzca en la práctica en una platónica declaración de la Ley) (67) y de sus principios conexos (68) en cuanto a la fase pro-

(65) Cfr. *Precisiones* cit., de PRIETO CASTRO.

(66) Más ampliamente, en mi *Grundriss* cit.

(67) Reiteramos nuestro pensamiento de que los inconvenientes que se oponen a la inmediación en la práctica de la prueba no pueden ser evitados mediante una Ley procedimental, sino que lo han de ser en una Ley Orgánica del Poder Judicial a elaborar (o reformar) antes de que entre en vigor aquélla. El medio más adecuado para hacer posible una inmediación allí en donde tal principio sea necesario, es promover en los jueces el estímulo necesario desde el comienzo de su formación; dotar a la Organización judicial de unidad—he aquí otra queja contra el número cada vez mayor de manifestaciones especiales de la Jurisdicción que aparecen en España por el nefasto medio de legislar procesalmente con Leyes extravagantes—(Cfr. nuestro trabajo tantas veces cit. en

batoria del procedimiento (69). Es el medio normal, decía acertadamente Klein, por el que los hombrés, fuera del proceso, buscan la verdad para llegar a un resultado; allí se despliega celo y aumentan la Moral y la disciplina; se abrevia el camino para llevar a la comprensión del Juez los problemas a resolver y se facilita su labor directora y orientadora (70) a efectos de evitar que más tarde se vea obligado a resolver sus dudas mediante el ejercicio de los poderes que el art. 340 de la LEC. pone en su mano (diligencias para mejor proveer, supletorias de una ordenada) y adecuada actividad probatoria de las partes). Por ello, es evidente que la prueba debe de ser inmediata, oral y concentrada. Y aquí se nos vuelven a poner de manifiesto las ventajas del sistema español, con un Juez instructor y sentenciador a la vez (71).

La inmediación en la práctica de la prueba, ha de tener lugar siempre que se trate de una actividad de tal especie, tanto sobre el fondo como en cualquier procedimiento incidental surgido (sobre presupuestos procesales, etc.).

Otra necesaria consecuencia de la inmediación es que, como su finalidad es la de crear en la mente del Juez la imagen viva del litigio por efecto de su presencia en la práctica de la prueba, la sentencia debe de ser dictada lo antes posible. A cuyo fin es preciso promover un perfeccionamiento de los actuales medios de protocolización de las actuaciones orales. Pero también hemos visto cómo hay ocasiones en que no es estrictamente necesario en principio que la prueba se desarrolle bajo el principio de inmediación; cuando se trate de actividades encomendadas a técnicos, cuya dinámica es en sí poco interesante.

En el procedimiento español, siempre como consecuencia del principio de la escritura, aparece una falta de concentración, por la necesidad de que las actuaciones se desarrollen ordenadamente en el tiempo. Aparecen así las actividades procesales, como concatenadas, y el proceso dividido con rigidez en varias fases (preclusión rígida); no existe la idea de «preclusión elástica» que domina en otros Ordenamientos jurídicos, según la cual, cada estadio procesal aparece dominado por una idea (alegatoria, probatoria etc.), pero ello no excluye que en cada uno de tales estadios se puedan desarrollar algunas actividades que en realidad co-

Ann. Dir. Comp., y el otro cit. en nota núm. 62) y de suficiente número de Jueces: de personal auxiliar suficiente y selecto; medios materiales modernos: llegando a garantizar hasta una buena posición económica de los Jueces, a fin de atraer una selección de los mejores universitarios.

(68) Cfr. sobre esto, extensamente, en mi trabajo *Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento* en ADC y RDPArg. cit.

(69) Pues ya se ha visto mi opinión de que en la fase de alegaciones debe de regir el principio de la escritura predominantemente.

(70) Cfr. KLEIN-ENGL: *Der Zivilprozess Oesterreichs*. Berlín, Leipzig, Mannheim, 1927, pág. 207. y sigs.

(71) Con ello desaparecen inconvenientes como los que ve JAHODA (Cfr. *Pro futuro*, en OJZ, 1948. pág. 433).

responden a otro (72). La preclusión rígida hace que en cada estadio procesal sólo puedan ser llevadas a cabo las actividades que la ley admite expresamente; algunas excepciones se dan, como lo es la que ofrece el escrito de ampliación (en la fase de proposición de prueba, para alegar *nova reperta*); y el plazo común para proponer y practicar prueba de algunos tipos de procedimiento (por ejemplo, el incidental, art. 753).

La severa distribución del tiempo procesal en plazos, es la muestra de nuestra preclusión rígida; y una muestra de sus efectos se pueden ver, por ejemplo, en la cuestión de los presupuestos procesales; si su falta se quiere alegar por vía de una excepción dilatoria, que suspenda el curso del proceso sobre el fondo, es preciso que la excepción sea interpuesta en un plazo de los seis primeros días, del plazo general de veinte que se conceden al demandado para contestar a la demanda.

Como consecuencia de la rígida preclusión, aparece el principio de eventualidad en la aportación de alegaciones y pruebas, con lo que se promueve la diligencia de las partes, una concentración del material instructorio en la primera instancia, pero también se produce — o se puede producir en ocasiones — un exuberante desarrollo procesal que resulte excesivo, antieconómico e inútil.

Los principios de escritura, orden legal de los actos procesales, preclusión y eventualidad, obstaculizan a la concentración. Y otra serie de concausas actúan la imposibilidad de cohesionar en lo posible a la concentración con aquellos principios. Se trata de existencia de actuaciones inútiles y faltas de sentido en la actualidad; de exagerada extensión de algunos plazos que antaño tenía razón de ser, pero que ahora no la tiene (73); se trata de algunas lagunas de la Ley; se trata de la sobrecarga de trabajo que sufren los Tribunales españoles (73).

Pero el mayor mal que ataca al principio de la concentración del contenido del proceso español es el constituido por la amplísima posibilidad de promover incidentes «de previo pronunciamiento», esto es, con efecto suspensivo del tratamiento procesal sobre el fondo (art. 745); no existe una regulación exhaustiva de dichos incidentes, por lo cual hay abundantes horizontes por los que puedan aparecer frente al procedimiento sobre el fondo cuestiones previas procesales o materiales que lo dilaten y pongan en peligro su efectividad. La gravedad aumenta por la concesión de un recurso de apelación, también con efecto suspensivo, que se da en

(72) Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale civile*. I. Padua, 1943, pág. 205 y sigs.

(73) Por ejemplo, el plazo para constituirse como parte, que ya hemos visto; el plazo de los arts. 877 y 881 para elaborar el escrito de alegación en Derecho en la apelación (sustituyendo a la audiencia oral sobre el fondo), plazo que va acompañado de otro para que la alegación se pueda imprimir, cosa que carece casi totalmente de objeto, existiendo la rápida escritura a máquina, etc.

(74) Cfr. un análisis de estos problemas prácticos en mi trabajo *Concentración*, que se publicará en la «Enciclopedia Jurídica española Seix».

general contra las resoluciones de los incidentes (art. 758) en el juicio de mayor cuantía.

Sin embargo, la concentración va aumentando según disminuye el valor del contenido del proceso; así, en el juicio de menor cuantía, se observa una mayor concentración del referido contenido del proceso (75), ya que desaparecen los incidentes de previo pronunciamiento por razón de las «excepciones dilatorias» (por falta de presupuestos procesales) (art. 687) y la apelación independiente de las resoluciones ordinatorias (art. 703). En el juicio de pequeña cuantía no sólo se refuerza la concentración del contenido del proceso, sino que también se muestra la de las actividades procesales. En efecto, las cuestiones incidentales han de ser resueltas en la sentencia definitiva por su orden; pero también, aparte de concentrarse las alegaciones en dos únicos escritos (demanda y contestación), (76), tal como en el juicio de menor cuantía, en la audiencia que sigue se concentra la ratificación de dichas alegaciones, su aclaración, resumen, etc.—siempre que no se transforme la demanda—, y el recibimiento a prueba, que se emprende inmediatamente. En el juicio de mínima cuantía o verbal, la concentración aparece en toda su extensión (arts. 720 y siguientes).

En los procedimientos especiales sumarios (por ejemplo, de alimentos provisionales y posesorios), también se manifiesta la concentración en una audiencia que reúne desde alegaciones hasta la práctica de las pruebas.

Si se consigue una buena adecuación del mecanismo orgánico: si se revisa la Ley de Enjuiciamiento en cuanto a determinados trámites inútiles, plazos excesivamente largos—la longitud de los plazos también está en función de las posibilidades de buena dinámica de la maquinaria judicial—; si se regula la cuestión de los incidentes de modo que se eviten los abusos dilatorios, la concentración del estadio probatorio en el proceso español es tarea fácil: el ejemplo de los juicios plenarios rápidos nos lo muestra.

En resumen, se puede asegurar que el proceso español «lleva con bastante dignidad» el peso del error cometido al seguir en sus pasos al Derecho común sin depuración previa alguna. Si se cesa en la tarea de desmembrar la jurisdicción—problema de enorme urgencia por su gravedad—, de crear procedimientos extravagantes, de remitirse en otros casos a procedimientos ya existentes que tienen poco desarrollo doctrinal (77); si se escucha la

(75) Es léxico de KLEIN: *Des Zivilprozess* cit., pág. 245, y de ROSENBERG: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 4.ª ed., Munich, 1949, pág. 239.

(76) Naturalmente, la reconvencción formulada juntamente con la contestación a la demanda, produce la aparición de una oportunidad procesal para que el actor la conteste.

(77) Nos referimos con esto a la predilección que el legislador muestra por el procedimiento incidental de los arts. 741 y sigs. de la LEC. Se remite a él la LAU cuando sea competente el Juez de 1.ª Instancia y no se trate de un re-

voz de la doctrina científica en toda esta labor, y a la vez, como previo presupuesto indispensable, se provee a poner al organismo jurisdiccional en condiciones de asumir estas nuevas tareas, se puede augurar un brillante futuro a la legislación procesal española. Si así no ocurre, no es ciertamente culpa de la doctrina, que en todo momento continúa su necesaria labor de crítica científica, indicando posibilidades y ofreciendo soluciones a los diversos problemas. En resumen, es necesaria una buena técnica legislativa.

SIGLAS

- LEC.—Ley de Enjuiciamiento civil.
 LBJM.—Ley de Bases de Justicia Municipal.
 LAU.—Ley de Arrendamientos Urbanos.
 LH.—Ley Hipotecaria.
 RGLJ.—Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
 RDP.—Revista de Derecho Privado.
 RPV.—Revista «Príncipe de Viana».
 ADA.—Anuario de Derecho Aragonés.
 RDPr.—Revista de Derecho Procesal.
 RDPArg.—Revista de Derecho Procesal (Buenos Aires).
 BUS.—Boletín de la Universidad de Santiago.
 Rev. Jur. Cat.—Revista Jurídica de Cataluña.
 ADC.—Anuario de Derecho civil.
 Riv. Trim. Dir. Proc. civ.—Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile.
 Ann. Dir. Comp.—Anuario di Diritto Comparato.
 JBl.—Juristische Blätter.
 OJZ.—Osterreichsche Juristen-Zeitung.

tracto: el art. 41 de la LH; la Ley sobre el proceso «arbitral» de Seguros, etc. (Cfr. mi trabajo *La moderna legislación procesal española en materia contenciosa*, en BUS, 1950, pág. 77 y sigs., y otros loc. en que se trata de dichos tipos de proceso). El referido tipo de procedimiento incidental tiene grandes analogías con el de menor cuantía, pero teniendo en cuenta que éste está doctrinalmente más desarrollado—esta consideración se hace ver con sólo contemplar su historia—, quizás hubiera sido preferible evolucionar en torno a dicho procedimiento.

La transmisión de las cuotas en las sociedades de responsabilidad limitada

FELIPE DE SOLA CAÑIZARES

Abogado de los Ilustres Colegios de Madrid y Barcelona.
Doctor en Derecho de la Universidad de París

I

INTRODUCCIÓN

1.—*Finalidad del presente estudio*

El problema de la transmisión de las cuotas en la sociedad de responsabilidad limitada es de gran trascendencia, por cuanto el modo de transmitir las cuotas es uno de los rasgos esenciales y característicos de este tipo de sociedad en la generalidad de las legislaciones. En España es una cuestión que no teniendo solución legal, reviste todavía mayor interés que en otros países por las dificultades a que en la práctica puede dar lugar.

Nos proponemos en la presente introducción exponer algunas nociones generales sobre la cuota o parte social de la sociedad de responsabilidad limitada. En una segunda parte examinaremos las soluciones diversas que nos ofrece el derecho comparado. La tercera parte estará consagrada a las soluciones posibles en el derecho español vigente. En fin, a guisa de conclusión, formularemos nuestra opinión en vistas a una futura reglamentación legal en España.

Nuestro estudio tiene, pues, como finalidad, ofrecer una información relativa a las legislaciones extranjeras y aportar una modesta contribución para encontrar soluciones adecuadas en el estado actual de nuestro derecho y también en la futura reglamentación legal.

2.—*La participación del socio en la sociedad colectiva y en la anónima*

En toda sociedad comercial existe una aportación del socio, a la cual corresponden un conjunto de derechos y deberes. En la sociedad colectiva este conjunto de derecho y deberes está vinculada a la persona del socio; en la sociedad anónima está incorpo-

rado a un título-valor que se denomina acción. Precisamente la naturaleza jurídica de la participación del socio es el elemento característico más fundamental que distingue las denominadas sociedades de personas de las de capitales, o según la terminología alemana, las sociedades individualistas de las colectivistas.

La doctrina ha discutido para establecer un criterio distintivo entre la participación en la colectiva—el «*interêt*», como dicen los franceses—y la acción de la sociedad anónima. Se ha querido encontrar este criterio en la responsabilidad ilimitada o limitada del socio, en el principio de la incesibilidad o de la libre cesibilidad, en la vinculación a la persona del socio o materialización en un título o en un conjunto de elementos que revelen la naturaleza jurídica de la participación social (1).

Es evidente que un solo signo característico no basta para distinguir la acción de la parte de interés, y no lo es menos que es siempre peligroso buscar fórmulas que comprendan la totalidad de las diversas legislaciones. Pero de una manera general podría decirse: Que la acción es negociable con la reserva de eventuales condiciones o restricciones—preferimos el criterio de la negociabilidad al de la cesibilidad—y que la parte de interés es intransmisible, salvo también posibles eventualidades convencionales de transmisión; que la acción lleva inherente para el accionista una limitación legal de su responsabilidad al valor nominal de la misma, mientras que la parte de interés lleva consigo la responsabilidad personal e ilimitada del socio; que la acción excluye toda solidaridad del tenedor respecto de los otros accionistas de la misma sociedad, mientras que de las partes de interés se deriva siempre una responsabilidad solidaria de los socios; que la acción es un título valor en el que están incorporados los derechos y deberes de los socios, los cuales en la parte de interés están vinculados a la persona del socio.

La acción es un título material de una asociación abierta y des-

(1) Véase sobre estos criterios de distinción, entre otros autores: MANARA, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Torino, 1902, I, págs. 525, y siguientes; THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 8.^a ed., 1931, I, pág. 373; J. GARRIGUES, *Cours de Droit mercantile*, Madrid, 1936, I, pág. 168; ADDE, *Tratado*, T. I, 1947; FERNÁNDEZ, R. L., *Código de comercio comentado*, Buenos Aires, 1943, I, pág. 471; RIVAROLA, M. A., *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, 2.^a ed., 1924, I, n. 5; FRAINSSINGEA, *Le double criterium de l'action*, «*Annales de droit commercial*», 1914, págs. 5 y siguientes, 107 y sigs.; CARNELUTTI, F., *Sulla distinzioni fra quote ed azioni delle soc. comm. Studi di dir. comm.*, Roma, 1917; SRAFFA, A., *La tasa di circolazione sulla carture delle accomandite semplice*, «*Riv. di Diritto commerciale*», 1912, I, pág. 1.045; PIC y BARATIN, *Des sociétés à responsabilité limitée*, 2.^a ed., Paris, 1929, pág. 257; HOUPIN y BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 7.^a ed., Paris, 1936, I, n. 355; G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1948, página 263; F. SOLA CAÑIZARES, con la colab. de E. AZTIRIA, *Tratado de Sociedades de responsabilidad limitada en Derecho argentino y comparado*, Buenos Aires, 1950, I, págs. 535 y sigs.

personalizada; la parte de interés es una figura ideal de una asociación cerrada y personalista. Cuando se habla de la parte de interés se piensa en la persona, cuando se habla de la acción se piensa en el valor de la misma.

La parte de interés es un elemento ideal unido a la sociedad que no se concibe con vida jurídica y económica separado de la asociación. La acción es un elemento material que vive económicamente separado de la Sociedad. Cuando se dice que unas acciones han experimentado baja o alza en la Bolsa, o cuando se depositan en París acciones de una sociedad de Buenos Aires, el profano en derecho percibe claramente, aun sin quererlo, la distinción entre acción y parte de interés. El que en virtud de un herencia poseerá una parte de interés, se informa inmediatamente de lo que vale la sociedad; si en cambio hereda unas acciones, se informa de lo que valen las acciones.

Se trata, pues, de una distinción más fácil de concretar en el pensamiento intuitivo de los profanos que de precisarla con reglas universales por los juristas. Sobre todo si se tiene en cuenta la evolución de las legislaciones y especialmente de las cláusulas convencionales que tienden a atenuar en muchos casos y aspectos la distinción clásica entre sociedades de personas y de capitales (2).

3.—*La participación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*

La naturaleza jurídica de la participación del socio en una sociedad de responsabilidad limitada dependerá de la naturaleza jurídica de la sociedad, que no es la misma en todas las legislaciones.

El derecho comparado nos muestra diversos sistemas de sociedad limitada:

1) *El sistema inglés*, en el cual la compañía privada es una variedad de la *company*, rigiéndose por la misma ley que la «compañía pública» (3).

2) *El sistema de la sociedad colectiva con responsabilidad limitada de los socios*, que fué objeto de proyectos que no pros-

(2) F. DE SOLA CAÑIZARES, con la colab. de E. AZTIRIA. *Tratado op. cit.*, I, págs. 537 y 538.

(3) Companies Act de 1948, véase Palmer's Company Law by A. F. To-pham, 19.^a ed., Londres, 1949, y Palmer's Private Companies by J. Charlesworth, 41.^a ed., Londres, 1948. Sobre la reciente reforma inglesa, véase en español F. DE SOLA CAÑIZARES, *La nueva ley británica de 1948 sobre sociedades por acciones*, «La Ley», Buenos Aires, 9 febrero 1950, y en francés, J. A. HORNBY, *La reforme du droit de sociétés en Gran Bretagne*. «Revue Trimestrielle de Droit commercial», París, 1949. págs. 13 y sigs.

peraron en Alemania (4) y en Argentina (5), y que ha sido adoptado en algunos países (6).

3) *El sistema de un tipo nuevo de sociedad distinto de la sociedad colectiva y de la sociedad anónima.* Es el sistema de la ley alemana de 1892, adoptado por la gran mayoría de las legislaciones, entre ellas Francia, Suiza, Colombia, Italia, Bélgica, Bolivia, Argentina, Luxemburgo, Méjico, Paraguay, Uruguay, Austria, Portugal, Hungría, Checoslovaquia, Bulgaria, etc. (7).

En el primer sistema, la participación del socio de la *private company* está representada por una acción—*share*—, como en la *public company*, pero con dos diferencias fundamentales que la asimilan en cierto modo a la cuota del tercer sistema: la prohibición de emisión por suscripción pública y la necesidad de establecer restricciones estatutarias en la transmisión. En el segundo sistema la cuota es simplemente una participación del socio de una colectiva, con la diferencia de que se ha limitado la responsabilidad de los socios.

Puede decirse que la cuota de la sociedad de responsabilidad limitada es en todos los países algo distinto tanto de la participación de la colectiva como de la acción de la anónima. Se diferencia de la primera en lo que se refiere a la limitación de la responsabilidad, y de la segunda en la negociabilidad, incompatible con la cuota de sociedad de responsabilidad limitada. Pero en la generalidad de las legislaciones la diferencia se acusa todavía más en el sentido de establecerse el principio de la cesibilidad, contrario a la sociedad colectiva, pero unido al principio de las restricciones legales en la transmisión, contrario a la sociedad anónima.

4.—Terminología

Esta participación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada se denomina en Francia y países de lengua francesa «parte social»—*part sociale*—, expresión empleada también en los países de la América española, aunque en éstos se emplea más co-

(4) Proposiciones del diputado Oechelhaeuser a la Cámara de Comercio y al Gobierno en 1888. Véase J. HART, *Les sociétés à responsabilité limitée en droit allemand contemporain*, Paris, 1908, págs. 8 y sigs.

(5) Proyecto del Senador Mario Bravo en 1928; véase texto y debates parlamentarios en J. L. PÁEZ, *Sociedades de responsabilidad limitada*, Buenos Aires, 1943, págs. 171 y sigs.

(6) Panamá, art. 327 del Código de comercio; Nicaragua, art. 137 del Código de comercio. Pueden incluirse también en este sistema las leyes de Chile y de Guatemala.

(7) Véanse fuentes legales y bibliografía de cada uno de los países que han introducido la sociedad de responsabilidad limitada, en F. DE SOLA CAÑIZARES, *La société à responsabilité limitée en droit comparée*, Paris, 1950, extrait de la «Revue Internationale de Droit Comparé», Paris, 1950, n. 1; y con informaciones más extensas, en F. DE SOLA CAÑIZARES, con la colab. de E. AZTIRIA, *Tratado, op. cit.*, I, págs. 64 y sigs.

rrientemente el vocablo «cuota», que es el adoptado por los países de lengua portuguesa y también por el Código italiano.

En alemán se acostumbra a distinguir entre la contribución del socio—*stammneinlage*—y el conjunto de sus derechos y deberes—*gesell schaftsanteil*—, pero las expresiones «parte social» y «cuota», que consideramos sinónimas, comprenden ambos aspectos.

II

LA TRANSMISIÓN DE LAS CUOTAS EN EL DERECHO COMPARADO

5.—*Clasificación general* (8)

Las legislaciones adoptan las fórmulas más diversas en lo que se refiere a las restricciones en la cesión de las partes sociales. De un modo general, estas restricciones pueden ser de forma o de fondo.

En cuanto a las restricciones de forma ya veremos que es general el principio de la no negociabilidad de la parte social; pero algunas legislaciones adoptan la exigencia de que la cesión tenga lugar por acto público.

Por lo que se refiere a la restricción de fondo, se acude al sometimiento de la cesión—o a veces también de la transmisión por causa de muerte—a determinadas condiciones que generalmente se concretan en la necesidad del consentimiento de una determinada mayoría de los socios.

La idea de someter la cesión a restricciones de fondo puede decirse que es esencial en la sociedad de responsabilidad limitada. Aunque las legislaciones adoptan soluciones múltiples, todas ellas pueden, a nuestro juicio, agruparse en cuatro grandes sistemas:

- 1) *Sistema alemán*, o de las restricciones puramente facultativas.
- 2) *Sistema inglés*, o de las restricciones estatutarias obligatorias, pero sin que la ley precise cuáles deben ser éstas.
- 3) *Sistema francés*, o de las restricciones obligatorias precisadas concretamente por la ley.
- 4) *Sistema de la sociedad colectiva*.

6.—*Sistema alemán*

La ley alemana establece el principio de que las partes sociales son alineables y transmisibles por herencia, exigiéndose como restricción de forma la escritura pública, pero en cuanto a las restricciones de fondo son facultativas. La ley dice que el contrato social puede hacer depender la cesión de determinadas condiciones, especialmente el consentimiento de la sociedad (9).

(8) F. DE SOLA CAÑIZARES, con la colab. de E. AZTIRIA, *Tratado. op. cit.*, I. pág. 594.

(9) Artículo 15 Ley 20 abril 1892.

Este sistema de las restricciones facultativas ha sido adoptado por las leyes de Portugal (10), Austria (11), Checoslovaquia (12) e Italia (13).

En la práctica se acostumbra en estos países a someter a restricciones la cesión de las cuotas, siendo la más corriente la necesidad de un acuerdo de los socios. En Alemania se ha discutido si puede convenirse la prohibición absoluta de transmisión (14), pero en Italia es indudable que la ley lo permite (15).

7.—Sistema inglés

La ley británica adopta una fórmula que puede considerarse intermedia entre el sistema alemán de restricciones facultativas y el sistema francés que, como se ha dicho, exige restricciones obligatorias y precisadas por la ley. En Gran Bretaña (16), en el Canadá (17) y en otras legislaciones de tipo inglés (18), una de las características esenciales de *private company* es que los estatutos contengan restricciones al derecho de transmisión de las acciones, pero sin que la ley precise cuáles puedan ser éstas.

En la práctica se admiten diversos medios de restringir la transmisión, siendo lo más corriente que los estatutos establezcan que los directores podrán negarse a dar su aprobación a la cesión a toda persona acerca de la cual no hayan dado previamente su conformidad, interpretándose que los directores no están obligados a justificar su negativa (19). También se considera que se observa la ley en su precepto de imponer restricciones cuando se concede

(10) Artículo 6 Ley 11 abril 1901.

(11) Artículo 76 Ley 6 marzo 1906.

(12) Artículo 76 Ley 6 marzo 1906, declarada aplicable por Ley de 15 de abril de 1920.

(13) Artículo 2.479 del Código civil de 1942.

(14) Véase, en sentido afirmativo, STAUB y FEINE, y en sentido negativo, PARISIUS, HATT y HENSHEIMER, citados por SOLA CAÑIZARES, con la colab. de E. AZTIRIA, *Tratado*, *op. cit.*, I, pág. 596, notas 48 y 49.

(15) El artículo 2.479 del Código civil establece que las cuotas son transmisibles «salvo disposición contraria del acto constitutivo», texto distinto del que se refiere a las anónimas, que establece que la alienación de las acciones «podrá someterse a condiciones particulares», de lo que se deduce que no puede prohibirse en absoluto la transmisión de las acciones, pero puede hacerse en la sociedad limitada; véase *Relas.*, n. 1011; A. TOSO, *La società a responsabilità limitata*, Roma, 1948, págs. 36 y 37; A. BRUNETTI, *Tratato del diritto delle società*, III, Milano, 1950, págs. 132 y sigs.

(16) Artículo 28 Companies Act 1948.

(17) Ley federal canadiense de 8 de junio de 1934.

(18) La «compañía privada» existe también en Irlanda, Nueva Zelanda y algunos Estados de Australia. Véase MARTINDALE-HUBELL, vol. III, *Law Digest Summit*, New Jersey, 1949.

(19) *Palmer's Private Companies*, *op. cit.*, pág. 50. Para la jurisprudencia inglesa en esta materia, véase *Palmer's Company Law*, *op. cit.*, págs. 108 y siguientes.

a los demás accionistas un derecho de preferencia para adquirir las acciones en caso de cesión (20).

8.—Sistema francés

La ley francesa ha adoptado la fórmula de establecer restricciones para la transmisión de las partes sociales, pero estas restricciones están determinadas imperativamente por la ley, disponiéndose que las partes sociales no podrán ser cedidas a terceros extraños a la sociedad sin el consentimiento de la mayoría de los socios—personas—, representando las tres cuartas partes del capital social (21).

En Francia la transmisión es, pues, libre entre socios, y también lo es en caso de transmisión por causa de muerte. Pero la libre cesión entre los socios no es una regla de orden público, y los estatutos pueden establecer restricciones y también puede prevverse la disolución de la sociedad en caso de muerte de un socio o la cesión por el heredero a los otros socios. En caso de cesión a terceros no socios los estatutos no pueden atenuar las condiciones legales de la cesión, pero pueden agravarlas exigiendo, por ejemplo, el consentimiento de todos los otros socios. Se admite la cláusula otorgando un derecho de preferencia a los otros socios, pero la jurisprudencia exige que se pague el precio real, considerando inadmisibles las cláusulas de adquisición, según precio fijado por la asamblea o según el último inventario. Digamos, en fin, que la ley francesa no concede ningún recurso en caso de negativa de los socios a la cesión, aunque en determinados casos podrá acudir a los Tribunales por abuso de derecho o para solicitar la disolución de la sociedad por justos motivos (22).

Este sistema de las restricciones obligatorias y precisadas imperativamente ha sido adoptado por Cuba (23), Hungría (24),

(20) *Palmer's Private Companies, op. cit.*, págs. 52 y 53.

(21) Artículo 22 Ley de 7 de marzo de 1925. La Ley permite la cesión por documento privado, pero una disposición de la reciente reforma fiscal—art. 212 del Decreto de 9 de diciembre de 1948—exige escritura pública.

(22) Véase sobre esta materia, en Derecho francés: P. PIC et F. BARATIN, *Des sociétés à responsabilité limitée*, Paris, 2.^a ed., 1929, págs. 267 y sigs.; C. HOUPIIN et H. BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 7.^a ed., Paris, 1935, II, págs. 765 y sigs.; R. GAIN et P. DELAISI, *Les sociétés à responsabilité limitée*, Paris, 1947, págs. 44 y siguientes; G. RIPERT, *Traité élémentaire de Droit commercial*, Paris, 1948, páginas 325 y sigs.; A. JOLY, *Dictionnaire du droit des sociétés à responsabilité limitée*, Paris (hojas reemplazables), *Part. social.*, Chap. IV; J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales*, I, Paris, 1950, págs. 435 y sigs.

(23) Artículo 1.^o f, de la Ley de 17 de abril de 1929. Se exige el consentimiento de las dos terceras partes de los socios representando las dos terceras partes del capital. Se interpreta que esta exigencia existe incluso en la cesión entre socios. Véase E. DÍHIGO, *Sociedades de responsabilidad limitada*, La Habana, 1936, págs. 285 y sigs.

(24) Artículo 21 de la Ley V de 1930. que exige el consentimiento de la

Argentina (25), Uruguay (26), Luxemburgo (27), Méjico (28), Bélgica (29), Suiza (30), Colombia (31), Bolivia (32), Paraguay (33)

sociedad y prohíbe que los estatutos estipulen la libre transmisión a terceros. Véase HAJNAL, *La Loi hongroise sur les sociétés à responsabilité limitée*, «Annales de droit commerciaux», París, 1930. núm. 3.

(25) Artículo 12 de la Ley de 8 de octubre de 1932: «La cuota no puede ser cedida a extraño a la sociedad sino con el voto favorable de la mayoría de los socios que representen las tres cuartas partes del capital cuando la sociedad contara con más de cinco socios. Se requiere la unanimidad cuando no exceda de este número.» La ley argentina reglamenta un fecturso del socio cedente cuando se haya rechazado la transferencia, y en caso de que el juez autorice la cesión, habrá un derecho de opción para adquirir la cuota, a favor de los socios o de la sociedad. Véase F. DE SOLA CAÑIZARES, con la colab. de E. AZTIRIA, *Tratado, op. cit.*, I, págs. 573 y sigs.; ADDE, J. L. PÁEZ, *Sociedades de responsabilidad limitada*, Buenos Aires, 1943, págs. 82 y sigs.; I. HALPERIN, *Sociedades de responsabilidad limitada*, Buenos Aires, 1948, págs. 120 y sigs.; F. J. GARO, *Sociedades de responsabilidad limitada*, Buenos Aires, 1950, páginas 306 y sigs.

(26) Artículo 10 de la Ley de 26 de abril de 1933, exigiendo para la cesión a extraños el voto favorable de la mayoría de los socios representando las tres cuartas partes del capital social. Establece un recurso ante el juez y un derecho de opción de los otros socios o de la sociedad. Véase P. QUAGLIATA, *Sociedades de responsabilidad limitada. Apéndice a Régimen de Notariado Nacional*, Montevideo, 1942; y R. MEZZERA ALVAREZ, *Curso de Derecho comercial*, Montevideo, 1946, II, págs. 406 y sigs.

(27) Artículo 189 de la Ley de 18 de septiembre de 1933, en virtud del cual se requiere para la cesión a no socios un acuerdo con el voto favorable de socios representando por lo menos las tres cuartas partes del capital social. La cesión es libre entre socios también, transmisión por herencia en ciertos casos. Véase L. METZER, *Le régime juridique et fiscal des sociétés à responsabilité limitée dans le Grand Duché de Luxembourg*, Luxemburgo, 1933, páginas 77 y sigs.

(28) Artículo 65 de la Ley de 28 de julio de 1934: «Para que los socios cedan sus partes sociales, así como para la admisión de nuevos socios, será necesario el consentimiento de todos los demás, a no ser que, conforme al contrato social, baste el acuerdo de la mayoría, que represente, cuando menos, las tres cuartas partes del capital social.» Obsérvese que en Derecho mejicano no se distingue entre la cesión entre socios y la cesión a extraños. Por otra parte —artículo 66—, cuando la cesión se autorice a un extraño, los socios tendrán un derecho de preferencia para adquirir sus cuotas. Véase R. CERVANTES AHUMADA, *La sociedad de responsabilidad limitada en el Derecho mercantil mejicano*, Méjico, 1943; J. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, *Tratado de sociedades mercantiles*, Méjico, 1947, II; L. MUÑOZ, *Comentarios a la ley general de sociedades mercantiles*, Méjico, 1947, págs. 104 y sigs.

(29) Artículo 126 de la Ley de 9 de julio de 1935: «Salvo disposiciones más restrictivas en los estatutos, las partes sociales no pueden, bajo pena de nulidad, ser cedidas entre vivos ni transmitidos por causa de muerte sin el consentimiento de la mitad, por lo menos, de los socios, poseyendo, al menos, las tres cuartas partes del capital, deducción hecha de la parte cuya cesión se propone...» Sin embargo, salvo disposición contraria en los estatutos, la transmisión es libre entre socios, al cónyuge o ascendientes o descendientes y a personas previstas en los estatutos. Además, la ley ha previsto un procedimiento judicial cuando se ha negado el acuerdo a la cesión a base de considerar el derecho a los socios a adquirir las cuotas o a presentar una oferta de un tercero. Véase J. VAN HOUTTE, *Traité des sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Bruxelles, 2.^a ed., 1950, págs. 169 y sigs.; ADDE, A. TSCHOFFEN, *Les sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Bruxelles, 3.^a ed., 1946.

(30) Artículo 791 del Código de las obligaciones de 1936. Exige el consen-

y Costa Rica (34). También puede incluirse en este grupo la legislación china en determinados casos (35).

9.—Sistema de la sociedad colectiva

Las legislaciones en las cuales en la sociedad colectiva se permite limitar estatutariamente la responsabilidad de los socios, se aplican, en lo que se refiere a la cesión, las reglas de las sociedades colectivas. Es el caso de Panamá (36) y Nicaragua (37), y también pueden incluirse en este grupo Chile (38) y Guatemala (39).

En el Brasil la ley (40) guarda silencio sobre la transmisión

timiento de las tres cuartas partes de los socios, representando, por lo menos, las tres cuartas partes del capital social: pero establece que los estatutos pueden estipular otras condiciones e incluso prohibir totalmente la cesión de cuotas. Véase P. CARRY, *La société à responsabilité limitée en droit suisse. Fiches juridiques suisses*, Ginebra, 1943; T. GUHL et A. COMMENT, *La société à responsabilité limitée en droit suisse*, Zurich, 1937; A. JAUGGEN et H. BECKER, *Band VII Abt.*, Berne, 1939; O. K. KAUFMANN, *Die Haftungsverhältnisse in der schweizerischen Gesellschaft m. b. H.*, Zurich, 1940.

(31) Artículo 7 de la Ley de 24 de noviembre de 1937, en virtud del cual, para la cesión a extraños se requiere el consentimiento de la mayoría de los socios, representando las tres cuartas partes del capital. Véase WILLIAM VILLA URIBE, *La sociedad de responsabilidad limitada en Colombia*, Bogotá, 3.^a edición, 1948.

(32) Artículo 6 de la Ley de 12 de marzo de 1941: «La cuota o cuotas de los socios no podrá cederse a personas extrañas a la sociedad, sino con el voto favorable de una mayoría de socios representando el 80 por 100 del capital. Véase TORRICO SIERRA, *Derecho mercantil comparado*, Cochabamba, 1941, y VALDIVIA ALTAMIRANO, *Código mercantil; disposiciones conexas*, La Paz, 1948.

(33) Artículo 10 de la Ley de 29 de diciembre de 1941, reproduciendo casi literalmente el artículo 12 de la Ley argentina. Véase A. TABOADA, *Cuestiones de Derecho comercial*, editado en Buenos Aires, 1946.

(34) La Ley de 25 de agosto de 1942 dispone que las cuotas no podrán transmitirse a terceros extraños a la sociedad sin el consentimiento unánime de los socios, salvo el caso que en el contrato social se establezca que es suficiente el acuerdo de la mayoría, la que en ningún caso podrá ser menor de las tres cuartas partes del capital social.

(35) El artículo 121 de la Ley de 12 de abril de 1946 dispone que los socios encargados de la gestión social, los administradores o los comisarios, necesitan para ceder sus partes sociales la autorización del conjunto de los socios. Véase WEI-TENG-LIN y J. ESCARRA, *Loi révisé sur les sociétés promulgué par le Gouvernement national chinois le 1.º avril 1946*, Paris, 1948.

(36) Artículo 327 del Código de comercio.

(37) Artículo 137 del Código de comercio.

(38) El artículo 4 de la Ley de 14 de marzo de 1923 declara aplicables las reglas previstas para las sociedades colectivas. Véase H. TORO MANRIQUE, *Sociedades civiles y comerciales. colectivas de responsabilidad limitada y en comandita*, Santiago, 1931.

(39) Por aplicación del artículo 316 del Código de comercio. Véase *Código de comercio*, 3.^a ed., publicación de la Secretaría de Gobernación y Justicia, Guatemala, 1944, arts. 445 y sigs.

(40) Ley de 10 de enero de 1919.

de cuotas, pero la doctrina (41) y la jurisprudencia (42) consideran que en el silencio de los estatutos se requiere para la cesión de cuotas el consentimiento de los otros socios, aunque parece que nada se opone a que los estatutos prevean otras condiciones menos rigurosas (43).

10.—Restricciones de forma

En cuanto a las restricciones de forma son varias las legislaciones que exigen escritura pública para la transmisión de las cuotas. Citemos, por ejemplo, a Alemania, Austria, Portugal, Suiza, Cuba, Colombia, Chile, y como se ha dicho, desde una fecha reciente, Francia.

Pero incluso en aquellas legislaciones que admiten la cesión por documento privado lo que no se admite es la negociabilidad de la cuota. El principio de que las cuotas de la sociedad de responsabilidad limitada no pueden estar representadas por títulos negociables, puede decirse que es universal en el derecho comparado. La no negociabilidad de la participación social es precisamente una de las características esenciales de la sociedad de responsabilidad limitada (44).

III

DERECHO ESPAÑOL

11.—La ausencia de legislación

Ninguna disposición legal se refiere a la transmisión de cuotas de sociedades de responsabilidad limitada. Es, pues, difícil afrontar el problema que, por otra parte, no ha sido resuelto claramente por la Jurisprudencia, ni acerca del cual existe unanimidad en la doctrina.

Examinaremos, en primer lugar, la Jurisprudencia y las opiniones de los autores, e intentaremos, después, contribuir a una solución, teniendo en cuenta el estado actual de nuestro derecho.

Pero nos interesa ante todo afirmar que la ausencia de legislación no significa que deban aplicarse necesariamente los preceptos de otro tipo de sociedades. A pesar de que la Jurisprudencia parece haber evolucionado en el sentido de acusar la configuración

(41) CARVALHO DE MENDONÇA. *Tratado de Direito comercial brasileiro*. Rio, 1933-36. vol. III, n. 642.

(42) Sentencia del Tribunal de Justicia del Distrito Federal de Río de Janeiro de 1 de octubre de 1943, citada por OLIVEIRA e SILVA. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, Río de Janeiro-Sao Paulo, 3.ª ed., 1947, página 116.

(43) W. FERREIRA, *Instituições de Direito comercial*, Rio-Sao Paulo, I, 1944, pág. 340.

(44) Véase F. DE SOLA CAÑIZARES, con la colab. de E. AZTIRIA, *Tratado op. cit.*, I, caps. X y XI.

personalista de la sociedad limitada española (45), lo cierto es que algunos fallos y Resoluciones se han inclinado hacia una concepción capitalista (46) y en una reciente Resolución, evitando acertadamente una calificación de personalista o capitalista a la sociedad limitada española, se afirma que según predominen en la sociedad de que se trate las características de las colectivas o de las anónimas serán aplicables, por analogía, las normas para una u otra clase de sociedades (47).

Que la sociedad limitada española es un nuevo tipo de sociedad intermedio entre la colectiva y la anónima, no creemos que pueda ofrecer duda. Se deduce claramente de la ley (48), y ha sido reiteradamente afirmado por la Jurisprudencia (49) y por la doctrina (50).

Partiendo de la base de que se trata de un tipo híbrido, intermedio entre la sociedad colectiva y la anónima, pasaremos a examinar concretamente el problema de la transmisión de las cuotas.

(45) Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1940 y de 5 de julio de 1941 y Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 14 de julio de 1933, 16 de abril de 1942 y 9 de marzo de 1943.

(46) Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1929 y Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 11 de agosto de 1943 y 10 de mayo de 1946.

(47) Resolución de la Dirección General de los Registros de 2 de agosto de 1950.

(48) El artículo 123 del Reglamento del Registro de comercio, que aunque no es una ley tiene excepcional importancia en esta materia, se refiere a la «inscripción primera de las compañías que adopten formas especiales», y es evidente que este artículo comprende la sociedad de responsabilidad limitada.

(49) Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1941 y Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 21 de marzo de 1947 y de 2 de agosto de 1950.

(50) J. ROIG Y BERGADA, *Las sociedades de responsabilidad limitada*, Barcelona, 2.ª ed., 1930, pág. 19; E. MORET Y DEL ARROYO, *Las sociedades de responsabilidad limitada y la legislación española*, Madrid, 1925, pág. 27; J. CASTÁN, *Comentarios al Código civil*, Q. Mucius Scaevola, tomo XXV, página 559; A. POLO, *Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1941*, «Revista de Derecho Privado», tomo 26, pág. 246; R. GAY DE MONTELLA, *Tratado de compañías colectivas comanditarias, de responsabilidad limitada*, Barcelona, 1942, págs. 276 y sigs.; J. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, tomos 1-2, Madrid, 1947, págs. 1139 y sigs.; A. VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho mercantil comparado*, Zaragoza, 1948, tomo I, página 190; G. AVILÉS Y J. M. POU DE AVILÉS, *Derecho mercantil*, Barcelona, 1947, pág. 144; R. VALLS DE GOMIS, *La sociedad de responsabilidad limitada en el Derecho vigente español*, Barcelona, 1945; ELÓSEGUT, Reno, 1945, n. 9; N. PÉREZ SERRANO, *La proyectada reforma del Código de comercio. Compañías anónimas y limitadas*, «Revista de Derecho Privado», V. 14, 1927, págs. 15 y sigs.; E. PITA BLANCO, *La sociedad de responsabilidad limitada ante el Derecho positivo y la jurisprudencia*, «Foro Gallego», 1945, núms. 15 y 16; PONSÁ Y GIL, *Sociedades civiles, mercantiles, cooperativas y de seguros*, 2.ª ed., tomo I, 1923, pág. 218; E. LANGLE, *Derecho mercantil*, 2.ª ed., 1941, pág. 181, y *Manual de Derecho mercantil español*, Barcelona, 1950, pág. 628.

12.—*La Jurisprudencia*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1929 establece que las participaciones del capital social no podrán estar representadas por ninguna clase de títulos separados o independientes de la escritura de constitución, no pudiendo ser cedidas a personas extrañas a la sociedad hasta transcurrido el plazo legal que en ellos se determine (51).

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de julio de 1933 afirma que «el derecho de los socios en las compañías de responsabilidad limitada, para ceder su participación social, ha de reglamentarse no como un derecho absoluto y cuya circulación en el mercado deba favorecerse, sino como una facultad limitada por la ley o por el pacto social, pues se trata de una característica privativa de estas sociedades frente a las anónimas, en razón de la mutua confianza y de la relación familiar que muchas veces une a los elementos que la forman, por lo que mientras subsista la actual ausencia de normas en nuestra legislación sobre este respecto, y en defecto del pacto expreso entre las partes, parece justo estimar precisa la aprobación de todos o de la mayor parte de los socios para estas enajenaciones de cuota social, por ser criterio vigente en nuestro derecho común, estar admitido por la generalidad de los escritores de derecho mercantil y sancionado, además, de manera unánime, por la legislación extranjera».

De la Sentencia citada del Tribunal Supremo resulta que las cuotas pueden estar representadas por títulos negociables, principio éste que es general en el derecho comparado.

En cuanto a la Resolución de 14 de julio de 1933, establece el principio, también generalizado en las legislaciones extranjeras, de las restricciones en lo que se refiere a la transmisión de cuotas. Ahora bien, el principio no se concreta suficientemente, pues se dice que se precisa la aprobación de «todos o la mayor parte de los socios», es decir, alude a dos soluciones distintas, y por otra parte no precisa cómo debe contarse esta mayoría (52). Pero de

(51) Con razón dice E. TAULET—*Sociedades de responsabilidad limitada*, en *Estudios de Derecho histórico moderno*, Ed. «Rev. de Der. Priv.», s/f, página 222—que esta última frase es inexplicable, pues no existe ningún plazo legal. Un autor—PITA BLANCO, *La sociedad de responsabilidad limitada ante el Derecho positivo y la jurisprudencia*, «Foro Gallego», 1945, núms. 15-16—dice que el Tribunal Supremo habrá querido decir «plazo convencional».

(52) Un autor—PALA MEDIANO, *Los problemas de la sucesión en los derechos del socio*, Estudios de Derecho sucesorio, Colegio Notarial de Barcelona, página 118—califica de precipitada la afirmación de que la necesidad del consentimiento de todos o la mayoría de los socios está sancionada de manera unánime por las legislaciones extranjeras. En efecto, podemos añadir nosotros que contra la afirmación de la Dirección General de los Registros pueden citarse, entre otras, las legislaciones de Alemania, Austria, Canadá, Portugal, Gran Bretaña, Italia, etc. Pero lo cierto es que son muchas las legislaciones que exigen el consentimiento de una determinada mayoría, y que éstas y las

la Resolución se deduce que se han querido establecer dos principios: el de la cesibilidad de la cuota, contrario a la colectiva, y el de la restricción legal de la transmisión, contrario a la sociedad anónima. Si el texto de la resolución es poco afortunado, creemos que de ella se derivan claramente estos principios, que, por otra parte, concuerdan con las reglas universales en esta materia.

13.—*La doctrina*

Ante el silencio de la ley, diversos autores admiten que una sociedad de responsabilidad limitada puede representar su capital por acciones, e incluso que pueden dividirse su capital, una parte en cuotas y otra en acciones. Así se expresan Ponsa y Gil (53) y Vallet de Goytisolo (54), quien cita las opiniones de Elósegui y de Guijarro Arrizabaloga, en el sentido de que la sociedad de responsabilidad limitada puede emitir acciones y colocarlas en suscripción pública.

Roig y Bergada (55) aunque lo considera indeseable, afirma que a falta de prohibición legal, la limitada puede emitir acciones incluso por suscripción pública. Navarro Azpeitia (56) dice que en la práctica notarial no se crean participaciones representadas por títulos transmisibles, pero que la ausencia de reglamentación y la libertad de pactos no lo impedirían. En fin, Tauler Rodríguez Lueso, afirma haber autorizado e inscrito sociedades de responsabilidad limitada con participaciones sueltas, y sostiene que este tipo de sociedad puede emitir acciones (57).

Sin embargo, una gran parte de la doctrina afirma que no es lícito que las participaciones de la sociedad limitada estén representadas por acciones u otros títulos negociables. Esta es la opinión de Garrigues (58), Gay de Montellá (59), Langle (60), Avi-

otras establecen en una u otra forma el principio de restringir la transmisión de las cuotas.

(53) J. PONSA Y GIL. *Sociedades cíviles, cooperativas y de seguros*, 2.ª ed., 1923, I, pág. 241.

(54) J. VALLET DE GOYTISOLO. «Revista de Derecho Privado», vol. 33, 1949, números 388-389.

(55) J. ROIG Y BERGADA. *Las sociedades de responsabilidad limitada*, Barcelona, 2.ª ed., 1939.

(56) F. NAVARRO AZPEITIA. *La configuración de la sociedad limitada a través de la práctica notarial*. «Revista de Derecho Privado», 1942, págs. 24 y siguientes.

(57) E. TAULER RODRÍGUEZ LUESO. *Sociedades de responsabilidad limitada*, Estudios de Derecho histórico y moderno. Ed. «Rev. Der. Priv.», Madrid, s/f., página 222.

(58) J. GARRIGUES. *Tratado*, op. cit., I-II, pág. 1156.

(59) R. GAY DE MONTELLÁ. *Tratado*, op. cit., pág. 278.

(60) E. LANGLE. *Manual*, op. cit., pág. 651.

lés y Pou de Avilés (61), Pala Mediano (62), Pérez Serrano (63), Polo (64) y Valls de Gomis (65).

En cuanto a las restricciones de forma se considera generalmente que la cesión de cuota debe constar en escritura pública, por tratarse de una modificación del contrato primitivo. Esto se deduce de la posición de los autores que tienden a asimilar la limitada a la colectiva y algunos lo afirman expresamente (66). Pero un autor ha sostenido que si se ha previsto un libro registro de socios, no será necesaria la escritura pública, y bastará el documento fehaciente para la cesión y su inscripción en tal libro (67).

Por lo que se refiere a las restricciones de fondo, en general la doctrina (68) admite el criterio de la restricción legal en la transmisión, ya sea por considerar aplicable el artículo 143 del Código de Comercio, ya sea citando la mencionada Resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de julio de 1933 (69). En general, la doctrina se inclina, en caso de silencio de los estatutos, a considerar que es necesario el acuerdo de los demás socios, aunque no ha faltado quien ha sostenido que cuando la sociedad limitada está organizada corporativamente, basta para la cesión el acuerdo de la mayoría (70).

14.—*Vuestra opinión*

a) Imposibilidad de emitir títulos negociables:

Para nosotros no ofrece duda que la sociedad de responsabilidad limitada en España no puede representar su capital por acciones ni otros títulos negociables. Es este un principio que ya hemos visto que es universalmente admitido en el derecho comparado (71) y que es una de las características de este tipo de sociedad. Este principio figuraba en uno de los proyectos españoles (72) y ya

(61) G. AVILÉS y J. M. POU DE AVILÉS, *op. cit.*, pág. 151.

(62) PALA MEDIANO, *Los problemas de la sucesión en los derechos del socio*. Estudios de Derecho sucesorio. Colegio Notarial de Barcelona.

(63) PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 38.

(64) A. POLO, *Traducción de Wieland*. «Revista de Derecho Privado». 1932. páginas 241 y sigs., n. 3.

(65) R. VALLS DE GOMIS, *op. cit.*, pág. 71.

(66) G. AVILÉS y J. M. POU DE AVILÉS, *op. cit.*, pág. 150.

(67) PALA MEDIANO, *op. cit.*, pág. 118.

(68) Excluyendo, claro está, los autores que admiten la emisión de acciones y para el caso de que en lugar de cuotas el capital esté representado por acciones. Véase *supra*, n. 13.

(69) Véase R. GAY DE MONTELLA, *Tratado, op. cit.*, pág. 227; J. GARRIGUES, *Tratado, op. cit.*, 1-2, págs. 1156 y sigs.; E. LANGLE, *Manual, op. cit.*, página 650; G. AVILÉS y J. M. POU DE AVILÉS, *op. cit.*, pág. 150; J. VALLS DE GOMIS, *op. cit.*, pág. 76; F. BOTER, «El Economista», Madrid, 27 de febrero de 1943, pág. 235; NAVARRO AZPEITIA, *op. cit.*, pág. 38.

(70) PALA MEDIANO, *op. cit.*

(71) Véase *supra*, n. 10.

(72) Proyecto de Roig y Bergada, artículo 13. El proyecto de 1926, muy

hemos visto que ha sido admitido por gran parte de la doctrina española (73), por el Tribunal Supremo (73 bis) y por la Dirección General de los Registros (74).

Si quisiéramos caracterizar, en lo que a la transmisión se refiere, las participaciones de la colectiva, las acciones de las anónimas y las cuotas de las limitadas, diríamos que las primeras son, en principio, incesibles; las segundas, negociables; las terceras, simplemente cesibles. Los estatutos pueden en las diversas legislaciones suavizar o agravar los principios respectivos, por ejemplo, a base de prever la cesión en la colectiva o someter a ciertas restricciones la transmisión de las acciones, pero los principios respectivos son la incesibilidad, la negociabilidad y la cesibilidad.

La cuota de la limitada es, pues, cesible, pero no negociable. Admitir la incesibilidad es asimilarla a la colectiva, afirmar su negociabilidad es asimilarla a la anónima. Y la sociedad limitada no debe asimilarse ni a la una ni a la otra.

b) Posibilidad de cesión por escritura privada:

No creemos que la escritura pública sea indispensable en todos los casos. Lo será en las limitadas que tengan por sus estatutos una configuración acentuadamente personalista, y en todo caso cuando los estatutos lo prescriban. Pero entendemos que en las limitadas de configuración capitalista no debe considerarse la transmisión de unas cuotas, incluso a un tercero no socio, como una modificación de estatutos. No se considera como tal ni en la sociedad anónima española; ni tampoco en la limitada en la generalidad de las legislaciones.

Entendemos que es lícito convenir estatutariamente que las cesiones de cuotas podrán realizarse mediante documento privado. Este documento privado surtirá efecto entre cedente y cesionario en el momento de la firma del documento, respecto de la sociedad en el momento que se haya notificado. La prueba de esta notificación será la inscripción en un libro registro de socios, el acuse de recibo de la misma por parte de la sociedad o el reconocimiento de la calidad de socio en forma indubitada, por ejemplo, con-

inferior al de Roig y Bergada, fué justamente censurado al admitir la posibilidad de participaciones al portador.

(73) Véase *supra*, n. 13.

(73 bis) La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1929, ya se ha dicho que establece que las participaciones de la sociedad limitada no pueden estar representadas por ninguna clase de títulos separados e independientes de la escritura social.

(74) La Resolución de 14 de julio de 1933 afirma el principio de que el derecho de los socios a ceder su participación «ha de reglamentarse no como un derecho absoluto y cuya circulación en el mercado deba favorecerse, sino como una facultad limitada por la ley o pacto social, pues se trata de una característica de estas sociedades frente a las anónimas, en razón de la mutua confianza y de la relación familiar que muchas veces une a los elementos que la forman». Y de esta suerte la Dirección General de los Registros condena inequívocamente la representación por títulos negociables.

vocando el nuevo socio a una Junta de socios o atribuyéndole dividendos.

Respecto de terceros se aplicarán las reglas del artículo 1.227 del Código civil.

c) Restricciones de fondo:

Hemos afirmado el principio de la cesibilidad opuesto al de la incesabilidad, y también el de la negociabilidad. Pero, además, las restricciones de fondo en la cesión son algo que parece co-sustancial con la naturaleza jurídica de la sociedad de responsabilidad limitada. Este principio ya se ha visto que está afirmado por la Jurisprudencia y gran parte de la doctrina. De suerte que puede afirmarse que la cuota de la limitada es una participación social cesible con restricciones.

Ahora bien, ¿cuáles son estas restricciones en el derecho vigente español? Examinaremos primero el caso de las convenciones estatutarias y después la solución posible cuando los estatutos guarden silencio sobre el particular.

1.—*Convenciones estatutarias*

En ausencia de disposiciones legales al respecto y teniendo en cuenta los principios de libertad que inspira la reglamentación de las sociedades, no ofrece duda que pueden estipularse en los estatutos cualquier género de condiciones para la transmisión de las cuotas, mientras sean lícitas y honestas (75).

Los estatutos pueden, pues, estipular la necesidad del consentimiento de una mayoría de socios e incluso de todos los socios. En cuanto a la mayoría puede estipularse que será de personas o de representación de capital o una doble mayoría de personas y de capital. También podrá hacerse depender la transmisión del consentimiento de los gerentes o someterla a la restricción de un derecho de preferencia para su adquisición en favor de los otros socios e incluso de extraños determinados o fácilmente determinables. Puede, asimismo, convenirse que la transmisión debe tener lugar a personas de una determinada profesión o actividad comercial o industrial. Las estipulaciones en esta materia acenuarán más o menos el carácter personalista o capitalista de la sociedad. Los estatutos pueden exigir para la transmisión el consentimiento de todos los socios. Pero pueden también estipular que la cesión se efectuará sin necesidad de solicitar consentimiento alguno ni a todos los socios ni tan sólo a la mayoría. No existiendo disposición legal al respecto, entendemos que los estatutos pueden estipular—pero es preciso que lo estipulen—un régimen de transmisión sometido a restricciones mínimas, como, por ejemplo, un derecho de preferencia a los otros socios, o, incluso, no será nece-

(75) Artículo 117 del Código de comercio.

sario ninguna restricción de fondo y bastará la exigencia de la escritura pública para la cesión.

2.—Ausencia de convención estatutaria

Diremos, ante todo, que creemos que para evitar dificultades de interpretación, los Registradores deberían exigir, como mención indispensable en la escritura social, la forma y condiciones en que tendrá lugar la transmisión de las cuotas. Pero mientras se admitan en el Registro de comercio escrituras que no contengan ninguna convención al respecto, es preciso examinar la eventualidad de una sociedad en la cual nada se ha previsto con relación a la transmisión de cuotas.

La solución ha de buscarse en la configuración estatutaria de la sociedad. Cuando la sociedad limitada aparece por sus estatutos, pero de manera clara e indiscutible, como una sociedad colectiva con limitación de la responsabilidad de los socios—pocos socios, razón social, cuota única, uno o varios o todos los socios gerentes, fiscalización directa de los socios no gerentes, prohibición de concurrencia, votos por personas, etc.—, será aplicable el artículo 143 del Código de comercio. Cuando la configuración estatutaria aparezca con acentuado carácter capitalista—denominación social, Consejo de administración, Junta de socios, restricciones a la fiscalización individual de los socios, votos en proporción al capital, etc.—, entonces no se aplicará dicho artículo, y lo lógico será admitir que la transmisión de la parte social puede realizarse mediante un acuerdo al que concurren la mitad más uno de los socios representando la mayor parte del capital (76). Y en casos dudosos cuando sea difícil apreciar la mayor o menor acentuación del carácter personalista o capitalista de la sociedad, entendemos que también podrán transmitirse las cuotas con esta doble mayoría de personas y de capitales, porque la concurrencia de los dos elementos, personas y capital, es lo que mejor encaja a una sociedad que no es ni de personas ni de capitales por participar de los caracteres de ambas. Estas soluciones pueden justificarse por la aplicación analógica del artículo 151 del Código de comercio—sumisión al voto de la mayoría—por la doctrina de la Resolución citada de la Dirección General de los Registros de 14 de julio de 1933 que admite en defecto de pacto expreso que la transmisión se realice sin necesidad de acuerdo unánime (77)

(76) Es la aplicación analógica del artículo 168 del Código de comercio que proponemos en general para todas las decisiones sociales, en ausencia de convención estatutaria.

(77) Al decir la Resolución *por todos o la mayor parte de los socios*, o la frase no tiene sentido o forzosamente ha de querer decir que en unos casos será a la unanimidad y en otros por mayoría. Y la única explicación posible es la configuración personalista o capitalista de la sociedad que en uno u otro caso revista la sociedad.

por la tendencia de una parte autorizada de la doctrina española a distinguir entre las limitadas de configuración personalista y las de configuración capitalista de lo que dependerá la aplicación analógica de preceptos y principios de sociedades de personas o de sociedades de capitales (78) y, en fin, por los principios que se reflejan en numerosas legislaciones, de las que se deduce la tendencia a que sea suficiente una mayoría para la transmisión de las partes sociales (79).

d) Transmisiones hereditarias:

Los estatutos pueden contener estipulaciones relativas al caso de muerte de un socio. En ausencia de disposiciones estatutarias entendemos que la sociedad de responsabilidad limitada no se disuelve por muerte de un socio. La doctrina española ya hemos visto que tiende en general a considerar la sociedad de responsabilidad limitada como una sociedad de acentuado carácter personalista. No es, pues, de extrañar, que puedan citarse opiniones de autores que al referirse a las causas de disolución de las sociedades limitadas afirman que se disuelven por las mismas causas que las sociedades colectivas. Así lo afirma Boter y Mauri, quien dejándose influir por una Sentencia del Tribunal Supremo (80), considera aplicables, salvo pacto en contrario, todas las causas de disolución de las colectivas (81), y también Avilés y Pcu de Avilés (82), Navarro Azpeitia (83) y J. Magem Morgades, aunque este último autor reconoce que peca por exceso la proyección personalista imperante hoy día en el campo de las sociedades de responsabilidad limitada (84).

Otros autores no se pronuncian sobre el particular (85), pero

(78) Véase A. POLO, *Traducción del Tratado de Cosak*, op. cit., pág. 7; y especialmente en relación con esta cuestión, PALA MEDIANO, op. cit., página 119, quien afirma que si la sociedad de responsabilidad limitada está organizada corporativamente, la cesión podrá tener lugar por acuerdo de la mayoría.

(79) Véase F. DE SOLA CAÑIZARES, con la colab. de E. AZTIRIA, *Tratado*, op. cit., I, cap. XI, n. 283 y sigs.

(80) Sentencia de 5 de julio de 1941.

(81) F. BOTER Y MAURI, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Barcelona, 1947, pág. 46.

(82) G. AVILÉS y J. M. POU DE AVILÉS, op. cit., págs. 167 y 168.

(83) NAVARRO AZPEITIA, op. cit.

(84) J. MAJEM MORGADES, *Las causas de disolución en las sociedades de responsabilidad limitada*, «Revista Jurídica de Cataluña», 1945, n. 3.

(85) Por ejemplo, E. LANGLE, *Manual*, op. cit., págs. 696 y 697, quien se refiere a las causas de disolución de las limitadas, limitándose a señalar lo difícil y delicado del problema y cita las soluciones del derecho proyectado y algunas del derecho extranjero. GARRIGUES no se pronuncia tampoco de una manera general en su *Tratado*, aunque en el caso de muerte de un socio considera inaplicable el artículo 222 del Código de comercio—*Tratado*, op. cit., I-2, página 1157—; VICENTE Y GELLA admite expresamente la aplicación a las causas de rescisión parcial—*Curso*, op. cit., pág. 194—, de lo que puede deducirse—aunque no lo diga—que no admite la aplicación del artículo 222.

una parte de la doctrina se muestra decididamente contraria a la aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada de las causas de disolución peculiares de las sociedades colectivas. Esta es la opinión de Polo (86), Gay de Montella (87) y Valls de Gomis (88). En fin, algunos autores, sin referirse concretamente a la disolución, afirman de una manera general que se aplicarán a cada sociedad de responsabilidad limitada en particular las reglas de las sociedades colectivas o de las anónimas, según sea personalista o capitalista la configuración estatutaria de tal sociedad (89). Posición confirmada recientemente por la Dirección General de los Registros (90).

c) Embargo:

No ofrece duda que las cuotas pueden ser objeto de embargo. Pero entendemos que deberán aplicarse las condiciones o restricciones para la enajenación (91). Sería demasiado fácil burlar estas restricciones mediante un embargo concertado entre el socio y el acreedor, o la persona que se prestare a figurar como tal.

El embargo de la cuota provoca múltiples problemas que varían según las situaciones en cada caso particular (92). Si el embargante es un socio, ninguna dificultad puede presentarse, salvo el caso raro que los estatutos sometan a restricciones incluso la cesión entre socios. Si el embargante es un tercero no socio, se aplicarán las condiciones de la cesión.

Pero si estas condiciones consisten en la autorización de la totalidad o mayoría de los socios, debe, en primer lugar, entenderse que el socio embargado no debe ser contado a los efectos de la autorización, porque entonces la voluntad o la abstención, según los casos, del deudor podría hacer imposible la ejecución y decidiría respecto del ingreso del nuevo socio, quien por el hecho del embargo ya no tendría interés en la sociedad (93). Esta solución es la justa y adecuada, pues, como ha dicho un autor francés, el derecho de veto se analiza como una negativa de co-

(86) A. POLO, *Comentarios a la Sentencia de 5 de julio de 1911*, «Revista de Derecho Privado», tomo XXVI, 1942, págs. 245 y sigs.

(87) R. GAY DE MONTELLA, *Tratado, op. cit.*, pág. 358.

(88) J. VALLS DE GOMIS, *op. cit.*, págs. 106 y sigs.

(89) J. VALLET DE GOYTOSOLO, *op. cit.*, págs. 609 y sigs., afirma que puede organizarse una sociedad de responsabilidad limitada tipo corporativo, y en este caso se aplicarían las reglas de la anónima, lo que supondría—añade—aproximación de la naturaleza de la sociedad limitada a la anónima, sino semejanza directa entre la organización legal de la anónima y la estipulada por los fundadores de la limitada en cuestión.

(90) Resolución de 2 de agosto de 1950.

(91) E. LANGLE, *Manual, op. cit.*, pág. 651; J. GARRIGUES, *Tratado, op. cit.*, 1-2, pág. 1158.

(92) Para las diversas soluciones de las legislaciones extranjeras, véase F. DE SOLA CAÑIZARES, con la colab. de E. AZTIRIA, *Tratado, op. cit.*, I, n. 201 y 206.

(93) J. ESCARRA, E. ESCARRA y J. RAULT, *op. cit.*, pág. 443.

laboración la cual puede incumbir únicamente a quienes deben colaborar (94).

Ahora bien, cuando se haya negado regularmente el consentimiento para la admisión como socio del acreedor, puede caber a éste, como a un tercero en caso de cesión voluntaria, una acción ante los Tribunales si puede alegar que ha habido abuso de derecho por parte de los socios que han negado el consentimiento. Cuando así no sea se ha propuesto como solución la disolución de la sociedad (95), pero a nuestro juicio esta solución se impondría únicamente en el caso de que por convención estatutaria la quiebra de un socio implicara la disolución de la sociedad (96). Pero descartando este caso excepcional, no procede la disolución de la sociedad. Por otra parte, no procede tampoco la admisión del socio, pues el juez no puede alterar el contrato social. La única solución posible será disociar las prerrogativas de orden pecuniario—dividendos, participación en el activo—, que corresponderán al acreedor, de los derechos de orden administrativo—información, voto—, que continuarán correspondiendo al deudor (97). Esta situación puede admitirse en derecho español, por cuanto no entraña la subrogación nula que prevé el artículo 143 del Código de Comercio, pues no se trata de conferir la cualidad de socio al acreedor.

f) Acción ante los Tribunales en caso de oposición de los otros socios a la cesión de la cuota:

Algunas legislaciones han previsto un recurso ante los Tribunales en favor del cesionario de una cuota cuando los socios se han opuesto a la cesión (98). En España no existe esta previsión legal, pero creemos, sin embargo, posible que el cesionario acuda a los Tribunales cuando haya de la parte de los socios un manifiesto abuso de derecho. La doctrina del abuso de derecho ha sido admitida por la Jurisprudencia española y encontrará aplicación adecuada en el caso que comentamos.

Entendemos que el Juez podría considerar abusivo el acuerdo, y en este caso considerarlo nulo, pudiendo la sociedad elegir entre admitir al nuevo socio o indemnizar al cedente, pagándole el precio real de las cuotas de la cesión.

(94) BASTIÁN, *Journal des sociétés*, 1943, pág. 561.

(95) Y así se ha pronunciado la jurisprudencia francesa en una Sentencia de la Corte de Lyon de 21 de julio de 1932. «*Revue des sociétés*», 1933, página 133.

(96) Decimos por convención estatutaria porque no creemos que sea aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada el artículo 222 del Código de comercio.

(97) J. ESCARRA, E. ESCARRA y J. RAULT. *op. cit.*, pág. 443.

(98) Por ejemplo, en la Argentina, Austria, Bélgica, Uruguay, etc.

IV

BASES PARA UNA REGLAMENTACION DE LA TRANSMISION DE CUOTAS

15.—*El derecho proyectado*

En el proyecto de Roig y Bergada se prescribe que «las participaciones del capital social no podrán estar representadas por ninguna clase de títulos separados o independientes de la escritura de constitución» (artículo 13), y que «las participaciones sociales no podrán ser cedidas a personas extrañas a la sociedad, sino hasta después de transcurridos dos años de haber comenzado la misma su actuación, y siempre, después de este plazo, mediante el consentimiento de la mayoría de los asociados, representando, cuando menos, las tres cuartas partes del capital social. En estas enajenaciones la compañía disfrutará del derecho de tanteo» (artículo 14). Por otra parte, la cesión de participaciones sociales se hará constar necesariamente en escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro mercantil y publicada en dos periódicos de la localidad (artículos 15 y 11).

Los textos correspondientes del proyecto de 1926 eran los siguientes: «Artículo 66. Las participaciones sociales podrán ser, en las compañías de responsabilidad limitada, nominativas o al portador. Las participaciones, salvo pacto en contrario, serán nominativas y no podrán en ningún caso transformarse en participaciones al portador hasta pasados dos años de la constitución de las compañías. La enajenación de las participaciones, mientras conserven su carácter nominativo, se sujetará a los requisitos establecidos por el artículo 55 (99). En la escritura social se estipularán las condiciones en que puedan lícitamente transmitirse las participaciones al portador cuando los adquirentes sean personas extrañas a la compañía».

16.—*Bases para una reglamentación*

En una futura reglamentación de la sociedad de responsabilidad limitada, debe tenerse en cuenta que la cuestión de la transmisión de las partes sociales es una de las más importantes en materia de sociedades limitadas.

A nuestro entender las bases de una futura reglamentación en este aspecto concreto de transmisión de cuotas debieran ser las siguientes:

(99) Según este artículo, que se refiere a las sociedades en comandita por acciones, las participaciones no serán transmisibles, salvo pacto en contrario, sin que previamente no se haya hecho una notificación a la Junta de socios para que éstos puedan ejercer el derecho de tanteo.

- a) Prohibición absoluta de emisión de títulos negociables.
- b) Cesión libre entre socios. Transmisión libre por herencia cuando los herederos sean el cónyuge o ascendientes o descendientes del socio fallecido
- c) En los demás casos de transmisión, necesidad de un acuerdo adoptado por la mayoría de los socios representando los dos tercios del capital social.
- d) Validez de las cláusulas agravando las condiciones de la transmisión.
- e) Recurso del socio ante el Juez en caso de acuerdo desfavorable a la cesión. Y si el Juez considera que no existe causa justificada para la oposición autorizará la transmisión, pero concediendo previamente un derecho de tanteo a los demás socios para adquirir las cuotas por su valor real apreciado por peritos.

El concubinato

MIGUEL MORENO MOCHOLI

Doctor en Derecho y Juez de primera instancia

En la legislación y jurisprudencia de algunos países, aunque hasta ahora en muy pocos, se ha iniciado y tiende a desarrollarse una orientación favorable al concubinato, que no ha dejado de recogerse por la doctrina científica, la que es de esperar supere el plano de la simple observación del suceso para entrar en el de la crítica, siempre conveniente, pero mucho más cuando se trata de algo como la relación a que nos referimos, donde los inmutables principios de la moral claman con particular fuerza por su imperativo, y, sea cual fuere el parecer o postura que se adoptare, jamás cabe olvidar la situación que implica, contraria sustancialmente a esos eternos postulados, circunstancia que obliga al más pulcro y cuidadoso trato para evitar los enormes daños susceptibles de producirse, sobre todo por el confusioinismo a padecer cuando so pretexto de protección de ciertos intereses en conexión con el hecho principal se llega al absurdo de amparar a éste, con admisión de los inadmisibles, y por no sacrificar bienes de inferior entidad, se conculcan valores muy superiores integrados en la sustancia misma de la moral, esfera distinguible y más amplia que la del derecho, pero de la que éste es inseparable.

El hecho común a todos los tiempos y pueblos de figurar el concubinato en contraposición al matrimonio y sometido siempre a un trato inferior, es prueba evidente de que tanto la sociedad como el legislador, de acuerdo con el ambiente por ella forjado, sintieron en todo momento, unas veces sin calar en los capitales fundamentos, otras, basándose en ellos, la inmoralidad de la relación, o al menos vieron algo fuera del orden; en definitiva, un hecho anormal. De no haber sido así se hubiera confundido con la del matrimonio que también supone unión estable y permanente; mas antes al contrario, cuando por la espiritualización del último desaparece la exigencia de la forma constitutiva, es precisamente el momento en que el legislador se preocupa más y se ve obligado a tratar del concubinato de modo especial, con el fin de mantener la separación e impedir, de consiguiente, la absorción.

Independiente de esta nueva orientación, contra la que es preciso salir al paso, nuestros días registran un marcado estadio en la evolución histórica caracterizado por la actitud abstencionista, de modo que podríamos decir que el legislador, sin proscribir directa y abiertamente la relación de referencia, le vuelve su espalda como frente a lo que no merece la consideración, y ajenos la protección de la ley (1); lo que denota indudable progreso respecto a épocas precedentes, donde el derecho positivo la regula, aunque como quedó insinuado no sea por convicción favorable, sino antes por el contrario, para mejor protección del matrimonio, operando en fin por imperativo de las circunstancias y en evitación de males mayores. Por tanto, la más mínima acogida a ese movimiento que dijimos tiende a acentuarse, representaría censurable retroceso si nunca justificado, menos al no existir ni tan siquiera un indicio de resurgimiento de las circunstancias históricas que explican aquel trato dado en tiempos precedentes, completamente desaparecidas, principalmente por los beneficiosos efectos de la exigencia establecida en el Concilio de Trento, de la forma preceptiva y publicidad del matrimonio canónico, tan extendido en la sociedad, cuyo influjo llegó al extremo de que la misma Revolución, desde su punto de vista secularizador, estableciese unas normas, las que integran el llamado matrimonio civil, que eliminan los últimos resquicios de los efectos de semejante unión, no concedidos si no ha sido formalizada conforme a los preceptos legales, de manera que incluso los no católicos si quieren el reconocimiento oficial de la comunidad estable han de contraer aquella forma de matrimonio, con el requisito previo de declarar (en sistemas como el de nuestro Derecho positivo) que no pertenecen a la Iglesia católica, y hasta probarlo (2), por todo lo cual no queda subterfugio alguno para conseguir la sanción del concubinato, aunque a ello equivalga el matrimonio civil entre los católicos, pero con la ven-

(1) Como detallamos más adelante, esta actitud abstencionista supuso ya cierto retroceso en la evolución, pues cuando se produjo habiase llegado a la proscripción del concubinato. Los legisladores de la codificación encontráronse con el ambiente social al que tanto repugnaba la ilícita unión a que nos referimos, y el indiferentismo propio de la época optó, entre el reconocimiento o el castigo, por la solución intermedia con la cual, sin atreverse a la vuelta al sistema desaparecido, respetaba con el silencio lo que entendía por libertad.

(2) La evolución próxima a este respecto de nuestro ordenamiento es sumamente interesante. La secularización de 1870 impuso el matrimonio civil incluso a los católicos por no reconocer efectos al matrimonio canónico, hasta que los RR. DD. de 22 de enero y 9 de febrero de 1875 restablecieron el reconocimiento de su eficacia, sistema que pasó al Código civil vigente. Bajo el régimen republicano la Ley de 28 de junio de 1932 volvió a dar al matrimonio civil el carácter de forma obligatoria; suprimida por el nuevo Estado, que por Ley de 12 de marzo de 1938 derogó aquella, y como complemento la Orden del Ministerio de Justicia de 12 de marzo de 1941, exige, para que pueda autorizarse el matrimonio civil, la prueba documental de no ser católicos los contrayentes, y si no fuere posible, habrá de presentarse una declaración jurada de no haber sido bautizados los contrayentes, a cuya exactitud se halla ligada la validez

taja de requerir ese definirse, evitándose el confusionismo y todo estímulo a la relación en cuestión carente ya de todo efecto legal y sujeta a los justos inconvenientes de la ineficacia jurídica.

Por lo dicho, no es ya frecuente ver en los tratados de Derecho civil un especial estudio del concubinato, absorbido por la forma civil del matrimonio, limitándose los expositores al examen de los diversos sistemas que el Derecho comparado nos presenta, cuyas notas distintivas radican: en el respeto a la eficacia del contraído conforme a los cánones de la Iglesia o matrimonio canónico, en que el contrato es inseparable del Sacramento, limitándose el civil a los que no profesen dicha Religión; o, por el contrario, el olvido de la institución por la exigencia de que se contraiga el matrimonio civil por ello entonces llamado preceptivo.

Entre los contados casos de autores que han seguido ocupándose con algún detenimiento de la relación estudiada sin limitarse a la mera referencia que suelen hacer los demás, tenemos a Vainverde (Tratado de Derecho civil español) (3), que habla de la materia en términos merecedores de muy particular examen, pues, como vamos a ver seguidamente, la salvedad que mantiene el culto profesor sin que él lo pensase, cual lo demuestra la forma de su expresión, podría servir de punto de apoyo para justificar, aunque en una postura condicionada y restringida, mas por ello todavía de mayor peligro si cabe, el reconocimiento, actitud fácil y claramente rechazable cuando abiertamente, sin aquellas limitaciones, se adopta, ya que todo se reduce entonces a respetar la hegemonía del derecho con la moral o a rechazar la dependencia del uno con respecto a la otra, pero susceptible de desorientación al pretenderse, aunque inútilmente, conciliar los inmutables principios del bien, acatados en principio, con su conculcación falsa y erróneamente justificada gracias al trazado de cuidados distinguos y sutiles salvedades, por algunos de buena fe, que a lo mas logran presentar un conjunto de supuestos de menor gravedad respecto a los otros por la selección eliminados, pero sin poder borrar aquellas notas por esenciales al concubinato imposibles de descartar, pues entonces dejaría de serlo y el problema ya no existiría.

El profesor a que nos hemos referido comienza su estudio en términos a primera vista un tanto desconcertantes. Dice así: «Aunque doloroso es confesarlo, el concubinato es un hecho que no debe pasar inadvertido por el legislador, pues no es lícito a éste volver la espalda a la realidad, desdiciendo legislar sobre él, como si la vida se desarrollara a voluntad del gobernante.» Insiste a continuación, pero al fin viene a explicar el motivo de su parecer, en estas palabras: «Con inhibirse ante un hecho tan frecuente no se impide su existencia ni se disminuye su uso, y,

(3) Valladolid, 1938, tomo IV, págs. 156 y sigs.

Por otra parte, se desampara y con ello se perjudican intereses legítimos de terceras personas» (4). ¿Cuáles son esos intereses? El mismo maestro los sintetiza al terminar la exposición de la materia (5), diciendo: «Los que nacen de las relaciones jurídicas de los concubinos con los terceros de buena fe», quienes no deben padecer las consecuencias «de un engaño», o sea, el sufrido por creer ese tercero en relaciones matrimoniales sólo aparentes. Por lo demás, el tratadista concluye en los siguientes términos: «El concubinato, unión de hecho mantenida sin formalidad alguna y constituida muchas veces con mujeres de condición social inferior, representa la *exaltación del egoísmo en el hombre*, que quiere *satisfacer sus necesidades sexuales con las menos responsabilidades y deberes posibles*. Tiene sus defensores entre los *partidarios del divorcio libre*, entre los *socialistas y comunistas*, que propugnan la *libertad sexual* sin comprender que, *admitido el concubinato*, se producirán los *estragos morales* consiguientes en la familia legítima y otros *males de carácter social incalculables*; y es verdaderamente contradictorio que le defiendan aquellos que están pidiendo a voz en grito medidas de prevención para evitar la *propagación de enfermedades o vicios congénitos* que puedan transmitirse a sus descendientes, siendo así que no hay posibilidad de tomar precauciones ni medidas para impedir los daños que pueda ocasionar el *libre comercio sexual*.» (6)

Después de las transcritas palabras no creemos pueda admitirse duda sobre el pensamiento del ilustre civilista, quien *sin distinguos ni salvedades y refiriéndose en consecuencia a todas las modalidades del concubinato*, lo rechaza al presentarlo como lacra social, por tanto indigno de la más mínima protección o reconocimiento; ni es posible tampoco hallar dificultad al medir el alcance de aquellas sus otras manifestaciones aparentemente con las últimas contradictorias. El tratadista se limita a mostrar su preocupación por los terceros de buena fe y pone como solución, no el reconocimiento de la ilegítima unión a que nos referimos ni el de sus efectos, sino su *mención* o recuerdo por el legislador a efectos de que éste prevea la posibilidad de una relación jurídica con los concubinos que se presentaren como si marido y esposa fueren, al objeto de proteger al extraño posiblemente defraudado. Por tanto, el escrúpulo explicado, aparte que se aplica a lo que más adelante vamos a considerar, carece de fundamento, no puede constituir base adecuada, aunque lo aceptásemos, para sostener la necesidad de alterar esa evolución tan favorable de que hicimos mérito.

Pero es el caso que, sin duda por influencia de esos aislados ejemplos que nos muestra el Derecho comparado, lo considerado por Valverde, además de dársele extensión inadmisible por cuanto

(4) Ob. y lugar citados.

(5) Ob. y tomo citados, pág. 164.

(6) Ob. y tomo citados, pág. 163.

no es ya sólo esa mención o recuerdo lo que por algunos se propugna, sino el reconocimiento de la unión constituida, se ha desenvuelto trayéndose a colación otros muchos intereses, y lo que es todavía más grave, los propios de los concubinos con propósito, en suma, de reparar los inconvenientes de la ilegitimidad de una situación sólo a ellos atribuibles.

Recientemente, Puig Peña (7) nos ha puesto de manifiesto cuáles son los efectos que a algunos preocupa con los consiguientes problemas artificiosamente ideados. Entre esas cuestiones figuran: la relativa a la validez de las donaciones otorgadas entre los que integran lo que algunos llaman «unión marital de hecho»; si debe corresponder a la concubina la indemnización por cualquier concepto a satisfacer por tercero con motivo del fallecimiento del varón; suerte que han de correr los bienes adquiridos durante la unión, particular éste que se desenvuelve en doctrinas varias, una que estima existe una sociedad de hecho entre los concubinos, otra que ve una comunidad de bienes, estimándose por los demás el fundamento de las recíprocas compensaciones en la teoría del enriquecimiento injusto o simplemente en los imperativos de la equidad; la investigación de la paternidad que se relaciona con la situación mantenida; las reparaciones por seducción cuando ésta fué el origen del concubinato; la ligazón, cuando se produce, del contrato de trabajo si existe entre los amancebados para determinar cuál relación ha de prevalecer; los derechos de terceros proveedores del falso hogar; los efectos del contrato oneroso entre el varón y la mujer; relación con la responsabilidad civil subsidiaria, y por último, si cabe entender responsabilidad por el abandono de familia constituida a base de la unión que comentamos.

Para no repetir el documentado trabajo del tratadista citado, nos abstenemos de examinar cada uno de los problemas que con marcada y laudable objetividad expone; pero es el caso que aparte el interés de semejante estudio, por lo que nos remitimos a las páginas de la Revista en que aparece inserto (8), razones de conjunto eximen en todo caso del examen particular en cuanto para aceptar la preocupación por cada uno de ellos, es imprescindible partir de una base que enérgicamente rechazamos. O sea, la de que tales efectos justifiquen el más mínimo reconocimiento por el legislador como no sea para ver si cabe el modo de proscribir la relación que los origina. Nuestra postura es radical, de forma que no compartimos, no ya sólo, como es de suponer, el parecer de aquellos que abogan por la protección sean cuales fueren las condiciones en que se produzca y desenvuelva, sino que del mismo modo repudiamos aquella otra más moderada que cree en la posibilidad de conciliar lo que es inconciliable, es decir: la ley, con su infracción.

(7) En «Revista de Derecho Privado», diciembre 1949, págs. 1086 y sigs.

(8) V. nota precedente.

Creemos innecesario analizar la actitud de los que aceptan sin salvedades la relación estudiada y propugnan por el incondicional amparo de sus efectos, como puede verse en el parecer que dispensa incluso de la necesidad de una residencia común bastando con que la relación se mantenga en el domicilio particular de cualquiera de los concubinos, y en general el criterio de quienes, en fin, les basta con la unión frecuente de cierta permanencia sin meterse en más. Poco importa el adulterio, el abandono de la familia legítima y la destrucción, en fin, de lo más sagrado de esta institución. Como puede comprenderse, sólo aquellos países que llegaran al extremo de contradecir los principios más elementales proclamando la libertad sexual, podrían hacerse eco de semejantes opiniones. Por ello, como dice también Valverde (9), «la generalidad de los códigos, con la excepción de algunos, como el ruso y el mejicano, consideran al concubinato como un hecho sin valor jurídico y callan respecto a su reglamentación, salvo en lo que respecta a la condición de los hijos». Puestos en semejante tesitura no es ya sobre esta unión de lo que hay que discutir, sino sobre otras ideas más generales que al empezar por negar las bases morales más elementales traen como consecuencia semejante forma de opinar, ya en concreto con relación a lo por algunos llamado «unión marital de hecho» y que nosotros entendemos debe seguirse denominándose concubinato (10).

Por el contrario, importa nos detengamos en esa otra tendencia que sin dejar de presentar sus respetos más delicados a la institución de la familia y en particular a la del matrimonio, a fuerza de preocuparse por las consecuencias y reflejarlas hacia una cierta especie de concubinato inician postura a él favorable. Si aquellas otras opiniones extremas son más demoledoras, tienen la ventaja de la claridad, pues manifiestan sin titubeos el modo de concebir la moral si es que para algo en ésta piensan. Pero el modo de discurrir a que ahora vamos a referirnos aunque más moderado y conciliador, por no ser tan claro y prestarse a las más lamentables confusiones es todavía más peligroso, pues, además, permite *al fin la puerta de entrada* a la ilícita unión, y con ello el sucesivo avance sin grandes dificultades.

Rotundamente hemos de decir que frente a la ilicitud por ninguno de esos tratadistas, contradicha en principio, no es eficaz el alegato de los perjuicios de terceros y mucho menos la *correcta* situación de los amancebados no ligados por vínculo matrimonial, sumamente fieles y consecuentes a la permanencia de la unión... que no por todo ello deja de ser contraria a la moral. Ni aun ese concubinato *modelo* que se nos quiere presentar a fuerza de eliminar modalidades graves puede merecer la atención del legislador: sencillamente por cuanto todo eso no borra ni puede

(9) Ob. y tomos citados, pág. 164.

(10) V. nuestro razonamiento, en las palabras finales de este trabajo

Llorar una conducta habitualmente infractora de un precepto terminante: el sexto Mandamiento de la Ley de Dios. De ahí que la legislación de la Iglesia considere la unión libre totalmente proscrita e incluso más delictuosa que la simple «*fornicación*», «*puesto que es un estado continuo de fornicación*», y que en esta dirección llegue a sancionar a los concubininos intentando por todos los medios su separación o la transformación en un estado legal; con la circunstancia de que entre católicos, por no constituir dicha materia de las pertenecientes a lo exclusivamente temporal que algunas veces vemos en la historia, fué objeto también de ordenación canónica y donde cabe contradecir, aunque nunca deba olvidarse su valor y autoridad, sino de algo íntimamente relacionado con la ley de Dios, a la que conculca en daño y menosprecio del matrimonio por Jesucristo, elevado a la dignidad de Sacramento, y por ello perteneciente de lleno a sus atribuciones y misión, no es tan siquiera lícito colocar la postura de la Iglesia como un criterio más en paralelismo con los otros, sino como algo muy superior que exige el acatamiento sin condiciones.

Que la moral sea útil no quiere decir en modo alguno que en la utilidad tenga su fundamento, pues su origen está en la fuente de todo ser. Por esto no es posible mermar el imperativo de la norma y justificar la acción que la contradice, o sea, lo ilícito, por el interés que supone la reparación de posibles perjuicios, para lo cual no es el camino adecuado la protección de tales consecuencias en forma que sea amparada la causa, sino el ataque a ésta para su destrucción en lo posible. «El derecho civil—dice Balmes (11)—considerado como un simple medio de organización y sin relación alguna a los principios morales, es un cuerpo sin alma, una máquina que ejerce sus funciones por la pura fuerza y cuyos movimientos se paran desde el instante en que cesa de recibir el impulso externo.»

La preocupación del legislador por los intereses patrimoniales no puede llegar al extremo de supeditar a ellos el orden moral, sino, al contrario, a éste aquéllos han de estar sometidos. Y no digamos si de la utilidad del tercero, extraño a la unión, pasamos a la de los propios amancebados, cuyo perjuicio constituirá la sanción natural, por lo menos, de la ilicitud de su proceder, sin que, por tanto, exista una razón de justicia en que basar aquel afán por lograr la reparación legal, lo que, por otra parte, constituye un estímulo para la constitución de semejantes situaciones, donde no habrá ya tan siquiera el temor de las consecuencias en el orden de lo temporal, de modo que no admitimos la consideración que suele hacerse sobre la falta de relación entre el reconocimiento legal y la existencia de tales uniones, en principio no evitables sólo por la actitud abstencionista, pero facilitadas si en vez de abandonarse los efectos como penitencia del de-

(11) *Curso de filosofía elemental*, ed. 1925, tomo I (Ética), pág. 302.

lito, de antemano se pretende eliminarlos, con lo cual a su vez se dispensa cierta consideración que lo ilícito jamás puede merecer. En conclusión, el concubinato, ni aun esa *especie selecta*, no puede ser objeto del más mínimo reconocimiento o protección por el legislador, pese a los perjuicios de sus consecuencias, y sólo con respecto a terceros podría a lo más motivar una mención entre las previsiones para reparación, aunque, como vamos a ver seguidamente, ni tan siquiera esto es preciso.

Aunque prescindiéramos de lo que acabamos de razonar y nos situásemos en el terreno del estricto utilitarismo, llegaríamos a la misma conclusión ya obtenida, por cuanto en definitiva todos esos intereses, que tanto preocupan a algunos, pueden ser protegidos sin necesidad de violentar el imperativo de la norma moral, o lo que es lo mismo, sin el reconocimiento o protección del concubinato; circunstancia ésta que, si cabe, obliga más todavía a aquella observación, de manera que su infracción, en caso alguno justificada, carecería incluso de base para una explicación que pudiera en otro supuesto aceptar algún espíritu transigente y conciliador, aunque la transigencia y la conciliación—hemos de repetirlo una vez más—no quepan en el caso que nos ocupa.

En efecto; si analizamos una por una las consecuencias derivadas del concubinato, abstracción hecha, como es de suponer, de la ilicitud que motiva particularmente el escándalo, aspecto que nadie podrá dudar, sólo cabe atacar con los medios encaminados a la represión, o por lo menos como hasta ahora viene haciéndose, es decir, con la postura abstencionista, concretando más aquellas que los escrúpulos de cierto sector de la doctrina científica ha destacado, cuya enumeración, conforme a la clasificación de Puig Peña, hacíamos antes; observaremos inmediatamente una nota común, o sea, que en todas se baraja no una idea específica de tonos peculiares, porque naturalmente los hechos ilícitos nunca pueden ser susceptibles de particular protección, sino la conexión con otras relaciones perfectamente estereotipadas todas ellas en el derecho científico, histórico y positivo, como son: la donación, la sociedad, comunidad de bienes, contrato de trabajo, el problema de la investigación de la paternidad, la responsabilidad por culpa extracontractual y por los delitos contra el honor, y la que nace del contrato; de manera que con las normas que perfilan en los códigos extraños y los nuestros cada una de esas ideas, basta para resolver las cuestiones que la relación concubina-ria pudiera suscitar sin necesidad de darles sustantividad, pues ella no es causa exclusiva ni menos excluyente de los hechos que motiva en sus efectos perfectamente posibles de comprender, dentro de lo justo, en aquellas genéricas previsiones.

El error está, a nuestro parecer, en la pretensión de dar a las consecuencias detalladas una personalidad de que carecen, de forma que la cuestión ha de localizarse, no en el efecto en sí para de él tomar motivo al objeto de adaptarlo a las relaciones juri-

dicas, en términos generales perfectamente reguladas en el derecho positivo, sino en determinar si entre los presupuestos de éstas cabe encuadrar semejantes secuelas del concubinato, pues todos los que reducen su preocupación a esa *modalidad selecta* están conformes en que se trata de una relación en modo alguno susceptible de recoger en el sentido formal del que, por tanto, para nada hablan, ya que lo contrario implicaría ligazón con el matrimonio o confusión con él, en modo alguno admisible, y rechazada, repetimos, por los mismos que aquel criterio sostienen. Mas al proceder de tal modo, comprobamos inmediatamente que esos hechos, derivados de la vida en común de los amancebados, tratados independientemente desde su respectivo aspecto, al encauzarlos hacia la donación, la sociedad y aquellas otras figuras, carecen de particular matiz y son como otros tantos entre los encerrados en las previsiones del legislador.

Si partimos de la base de que la unión libre escape formalmente a toda ordenación legislativa, pues ni siquiera integra un vínculo, ya que nadie ha hablado de comprometer solemnemente al varón y a la mujer que de tal modo viven, no puede tener eficacia jurídica, es decir, no puede ser causa formal de ningún efecto, y en lo material la comunidad de vida y hasta el afecto integrará a lo más en cada caso una base, puro hecho que podrá servir para cierta presunción judicial en orden a la valoración de antecedentes, lo mismo que cualquier otra convivencia, como puede ser la del hijo emancipado respecto a sus padres, la de unos hermanos y hasta la de amigos de gran intimidad y confianza o criados muy antiguos tratados ya como si de la familia fueren, pues la única diferencia cual la relación sexual, que en estos casos no existe, no es determinante por sí, aparte los generales y propios de la infracción moral, de otro efecto que el de la procreación, a su vez posible en cualquier unión ilegítima transitoria sin las características que se señalan para el concubinato y en concreto para esa *especie modelo* de que parte el sector de opinión a que nos venimos refiriendo.

De este modo, la única consecuencia de valor, cual la de los hijos, no tiene por la unión libre *modalidad especial*, pues la nota de ilegitimidad radica en la concepción fuera del matrimonio, habiéndose regulado esa filiación durante siglos con todo detalle, tantos a los efectos de reconocimiento, derecho a alimentos, tutela, patria potestad y ciertos derechos sucesorios legítimos y abintestato: sin haberse necesitado para esta protección en la medida de lo justo entrar en el examen de las bases que constituyen el concubinato, ninguna de las cuales se presuponen para la calificación y amparo de la prole ilegítima. Y si esto ocurre con lo único que al fin podría explicar en otro caso la preocupación por la situación estudiada, con mayor razón en las demás consecuencias al fin de orden patrimonial inferior siempre a los altos valores destacados. Donación, sociedad, comunidad de bienes.

contrato de trabajo y cuantas relaciones se traen a colación para justificar el afán comentado, tienen su vida y sustantividad de por sí y no toman matiz específico por la circunstancia de que pueda darse entre seres que de tal modo conviven, elemento que sólo servirá, si se alega y en cada caso particular, para esa presunción en cuanto a la prueba de hechos que presupongan la relación jurídica de que se trate, mas no por virtualidad de la unión, sino por razón de la convivencia, al igual que en aquellos otros casos.

Por último, la cuestión más delicada, como la relación con terceros, si se la mira con cierto detenimiento, nos lleva a igual conclusión, dado que la falsa creencia de la persona extraña que contratase con los concubinos no sólo puede originarse por la apariencia de matrimonio, sino por otros muchos sucesos, situaciones de las más variadas especies que hacen pensar en lo que después resulta que no es, y en las que no hay otro dístico que la buena o mala fe y el alcance del error o del engaño a efecto del consentimiento en orden a la determinación de la ineficacia del vínculo y en su caso la reparación que procediere; todo lo cual también figura perfectamente ordenado en el derecho positivo con amplitud de ámbito suficiente para comprender como un caso más de mero hecho ese fraude a que concretamente nos referimos, donde lo que tiene virtualidad propia es el engaño o la equivocación, pero no el hecho que lo motiva en términos que absorba la doctrina general para tomar sustantividad independiente siempre dificultada, además, por la carencia de una constitución legal imposible de originarse en algo que rechaza la moral y hasta los mismos cuyo parecer analizamos quienes, en conclusión, incurrían en inadmisibles círculo vicioso, pues después de repudiar el concubinato en sí, so pretexto de sus consecuencias, quieren en ciertos casos darle un valor como si estos efectos lo tuviesen en tal medida que justificase lo que ellos comienzan por no aceptar, cuando sólo en el absurdo de que la unión libre fuere legítima serían capaces de tomar cuerpo aquellas consecuencias no exclusivas del concubinato, y aunque lo fueren faltas de la relación de casualidad formal precisamente por la misma razón que aducen, o sea, por la ilegitimidad que priva, al respecto que se estudió, de la fuerza de causa estrictamente eficiente en cuanto a las secuelas que origina que otras situaciones pueden igualmente producir.

Desde el punto de vista histórico, aparte que el hecho por muy frecuente, y sea cual fuere la reacción ante él, nunca basta para desvirtuar lo que debe ser, de ahí que el delito, por la circunstancia de que siempre se haya dado, nunca se justificó ni justificará al espíritu del mal de donde proviene, ni puede menoscabar la excelencia y razón misma del bien; hemos de observar en definitiva lo mismo, pese a sucesos aparentemente favorables a la rela-

ción que estudiamos, a la que a veces en efecto se reconoce, aunque nunca por convicción plena de licitud, sino más bien por imperativo de las circunstancias que, si no justifican, explicar por lo menos tales actitudes, que, al fin, lejos de contradecir la tesis sostenida, indirectamente la corroboran.

En primer lugar es de advertir que, aun en los tiempos más remotos, todos los pueblos exigen para el matrimonio una cierta forma con tendencia siempre al rito religioso, pues en los deberes que produce se ve algo que sale de lo corriente y ordinario, necesitado de un favor o de un auxilio sólo susceptible de presar por poderes superiores al poder humano. En la misma Roma, como forma complementaria de la «coemptio», existía la «confarreatio», consistente en un sacrificio ofrendado a Júpiter con determinadas ceremonias y palabras solemnes, con lo cual se consagraba formalmente la comunidad de vida y de ritos entre los cónyuges (12), y aunque también es verdad que el marido podía adquirir la «manus» marital por el simple transcurso de un año ininterrumpido de vida matrimonial—*usus*—, esto tenía un sentido convalidatorio y miraba más a la potestad que al vínculo mismo.

En suma, como advierte Costa (13), domina en el matrimonio la «maritalis affectio» que lleva consigo la intención en el hombre de obtener de la mujer hijos y continuadores, y de asociarse a ella en una completa comunidad de vida religiosa y social, y en contraposición «existe en Roma, en todos los tiempos—agrega el mismo expositor—, otra unión, que se diferencia precisamente por la falta de esta *affectio*: el *concubinatus*... aunque de hecho muy extendido, no reconocido por el derecho ni por lo que se refiere a las relaciones entre los concubinos, ni por las que respecta a ellas y los hijos procreados, que asumen la condición y el nombre de la madre, agrupándose a su alrededor en la misma forma que los hijos nacidos de una unión casual (*culgo quac-siti*)» (14). Era, como considera Jörs Kunkel (15), «la única forma posible de unión de libertos y mujeres tachadas, sin infringir los preceptos de la *lex Iulia de adulteris*, de Augusto»: de manera que, si al principio tenía cierta explicación, pues no debemos olvidar que el «*ius connubii*» era un privilegio reservado primero a los patricios y extendido después a los ciudadanos, de modo que el concubinatus constituía un remedio de legitimidad en favor de los carentes de aquella condición y consiguiente derecho; posteriormente sirve de «comodín» para amparo de las situaciones ilegales. Lo cierto es, se le mira siempre como de condición inferior al matrimonio por carecer de ese algo espiritual de entrega y vinculación, de sacrificio, en una palabra, que supera el solo

(12) V. SOHM, *Institutiones*, trad. W. ROCES, 1928, pág. 464.

(13) *Historia del Derecho romano público y privado*, trad. RAVENTÓS, 1930, página 261.

(14) Ob. citada, pág. 262.

(15) *Derecho romano*, trad. PRIETO CASTRO, Edit. Labor, pág. 401.

fin de satisfacción sexual aunque por la unión que perdura y se estabiliza.

La corrupción de costumbres generaliza el hecho contra el cual habrá de lucharse durante siglos, viéndose obligado el legislador a la tolerancia, pero con el fin de llevar a los concubinos hacia la situación legítima del matrimonio mediante una a manera de transacción en la que se empieza por reconocer la inmoralidad de la unión que a toda costa quiere subsanarse. Constantino por un lado persigue con sanciones (16), mas al mismo tiempo trata de estimular a los amancebados para que contraigan matrimonio otorgando el efecto de la legitimación de los hijos, *legitimatio per subsequens matrimonium* con lo que persigue el mismo propósito que Justiniano con la *legitimatio per rescriptum principis*. Ya en esta época se advierten las saludables influencias del Cristianismo, cuya doctrina inmutable sobre el matrimonio acabará por imponerse, sobre todo cuando siglos después se establece la condición de la publicidad en su celebración como requisito para la validez (17), con lo cual se subsana el inconveniente anterior de los matrimonios secretos, cuya ilicitud la Iglesia había declarado, pero sin atacar la eficacia del vínculo (18), de modo que ante una comunidad de vida estable para determinar si se trata de un concubinato o de un matrimonio, sólo existía la base de la intención no tan fácil de probar para el exterior. Precisamente a ésto, junto al ambiente todavía no dominado propio de una moral como la pagana, de concepción torpe y Jesviada, es debido que en códigos como el de las Partidas encontremos normas relativas al concubinato, las que en modo alguno lo aprueban, sino como mal menor lo tratan al fin para destacar más y más la santidad del vínculo matrimonial.

En las Partidas, es cierto se habla de las mujeres que pueden ser recibidas como barraganas, de qué manera, y cuáles no deban recibir los hombres nobles y de gran linaje; pero tengamos en cuenta que en el título a esta materia dedicado (19) se empieza por decir: *Barraganas defiende Santa Iglesia que non ten-*

(16) *Cod. Teod.*, 4. 6. 2 y 3.

(17) Sin dejar la Iglesia de reconocer que la esencia del matrimonio es el consentimiento, y ministro del Sacramento los propios cónyuges, hubo de reaccionar a favor del ritualismo que antes no fué de rigor. Es cierto que los matrimonios clandestinos se consideraban como reprobables y prohibidos, mas no por ello se dejaba de reconocer la validez de los mismos, dándose lugar a graves dudas acerca del estado de los esposos y del de los hijos nacidos de la unión, aparte que facilitaba la bigamia y la burla de los impedimentos: hasta que para solucionar tal estado de cosas, después que el Concilio IV de Letrán (año 1216) había declarado la obligación de las proclamas o amonestaciones, el de Trento, completado por el Decreto «*Ne temere*», y hoy el Código de Derecho canónico vigente, en su canon 1.094 y concordantes, han impuesto definitivamente la ritualidad como esencial, o sea para la validez.

(18) V. lo dicho en la nota precedente.

(19) IV Partida, Título XIV: «*De las otras mugeres que tienen los omes, que non son de bendiciones.*»

ga ningún Cristiano, porque bien con ellas en pecado mortal, y a renglón seguido, explica: Pero los Sabios antiguos que hicieron las leyes consentieronles, que algunos las pudiesen aver "sin pena temporal": porque tuvieron que era menos mal, aver una, que muchas. E porque los hijos que nascieren dellas, fuessen mas ciertos. No puede estar más claro la actitud del legislador que empieza por salvar el imperativo de la moral, aunque bajo el ambiente de un sociedad todavía no encauzada debidamente, se ve obligado a atender el concubinato como un mal menor. Sin embargo, las reiteradas advertencias de los Obispos para que los católicos dieran publicidad a la celebración del matrimonio, después exigida ya definitivamente, como vimos, so pena de ineficacia, deslinda hacia afuera los campos y la opinión social, cada vez más certeramente encauzada, acaba por considerar «el concubinato justamente como un gravísimo delito» (20). Este es el avance importantísimo a que nos referimos al principio: triunfo del bien en tales términos que la discrepancia entre la moral y la actitud de los pueblos desaparece por el acatamiento incondicional a las normas de la Iglesia, la que a su vez no hace más que seguir la ordenación dictada por Jesucristo.

Ya en la Novísima Recopilación se pena el amancebamiento de los casados (21); la R. O. de 22 de febrero de 1815 extiende el castigo a los que fueren públicos de personas solteras, en lo que insiste la de 10 de marzo de 1818 (22), y sobre todo la cédula de 29 de marzo de 1829 (22 bis). Sin embargo, el Código penal de 1822, como los posteriores, al restringir el castigo al supuesto de manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo, cual advierte Escriche (23) «retrocedió en cierto modo con su silencio a los antiguos tiempos en que estaba permitido el concubinato y en que la ley civil, no queriendo penetrar en el sagrado de las familias, dejaba el castigo de este hecho a la ley moral y religio-

(20) Así dice, con la máxima sencillez, la edición del Código de las Partidas que utilizamos (*Los Códigos españoles*, Madrid, Antonio San Martín, 1872), en nota al pie del proemio al título citado: «Esta ha sido y es constante doctrina de la Iglesia—afirma, refiriéndose a la declaración expuesta—y sólo advertiremos, para todas las leyes de este título, que las mismas se hallan *derogadas*, habiéndose *corregido* en esta parte el Derecho civil, particularmente por las leyes del tit. 26, lib. 12, de la N. R. y variando hasta la *opinión pública*, que considera el concubinato justamente un gravísimo delito.»

(21) V. la nota precedente.

(22) Manda esta Real orden castigar los escándalos y delitos públicos ocurridos por voluntarias separaciones de los matrimonios y vida licenciosa de los cónyuges o alguno de ellos, y por amancebamiento también público de personas solteras; valiéndose primero de amonestaciones y exhortaciones privadas y procediendo después conforme a Derecho contra los que obstinadamente las desprecien. (V. en ESCRICHE, *Dic. de Legislación*, voz: «Amancebados»).

(22 bis) Recencarga a los Tribunales la Real orden de 22 de febrero de 1815, disponiendo no formen causa sobre amancebamientos, sin haber precedido comparecencia y amonestación judicial y que haya sido ésta despreciada. V. en la obra y lugar citados en la nota precedente.

(23) ESCRICHE, *Diccionario de Legislación*, voz: «Amancebados».

sa». Es decir, que alcanzada la meta, se volvió atrás (24) con la adopción del sistema abstencionista o silencioso del legislador, actitud muy propia de la época donde se entroniza el indiferentismo para todo aquello carente de una marcada utilidad.

En nuestros días, aparece cierta tendencia a la proscripción, por lo menos de manera indirecta, deducida de un conjunto de leyes dictadas en protección de la familia legítima contra la cual va, indudablemente, cualquier reconocimiento o favor que al concubinato, sea cual fuere su clase, se le dispensare, pues esta relación constituye, las más de las veces, la causa de los males y perturbaciones en el seno de aquélla. El Código penal vigente ha incorporado la Ley que estableció el delito de abandono de familia (25), que casi siempre tiene su raíz en las uniones concubina-rias, hasta en las de ese tipo que algunos nos presentan hoy como modelo, pues pensemos, por ejemplo, en el viudo o viuda con hijos que comienza a vivir en unión libre con toda la fidelidad y permanencia y demás condiciones de aquella especie, pero suscitando siempre el problema de no saberse qué es peor, si que esos hijos vivan en el ambiente de la relación inmoral, expuestos a los daños de tan pésimo ejemplo, o que el amante o la amante, sobre todo si nacen nuevos descendientes de la ilícita unión, induzca a la viuda o al viudo, respectivamente, pongámonos en la realidad de la vida, que así lo acusa en la mayoría de los casos, al abandono de aquellos seres, al fin los hijos legítimos que gozan de la protección amplia e incondicionada de la ley.

Si a la nueva figura de delito agregamos toda esa serie de disposiciones que tanto amparan aquellos sagrados intereses, con la posibilidad de suspender y privar de la patria potestad entre otros casos, por ejemplo corruptores, y en suma ese afán porque la moral reine donde de especial modo tiene su centro como es en la familia, bien se alcanza que el camino hoy en España seguido va más hacia la proscripción, y en modo alguno a la reanudación del retroceso a lo que equivaldría el más mínimo reconocimiento de la relación, so pretexto, que ya hemos visto es infundado, de sus efectos, postura, hemos de repetir, peligrosísima; pues serviría, ante la imposibilidad de saltar el abismo existente entre la tendencia actual tan descrita y el sistema de la protección amplia e incondicionada, de hábil puente o escalón inmediato que redujese la distancia, mediante ese tipo tan seleccionado de cierto matiz novelesco romántico que sólo podría inducir a defender con el arma eficazísima de la confusión entre la verdadera caridad que

(24) Los comentaristas del Código penal de 1870 estimaban comprendido el castigo del llamado concubinato simple en la disposición general de su artículo 456, que castiga a los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia no comprendidos expresamente en otros artículos del Código. Así lo advierte ESCRICHE en la obra citada, voz «Concubina».

(25) Artículos 487 al 489.

debe condolerse de semejantes situaciones y hacer todo lo posible para que cesen o se transformen, si no hay impedimento, como ocurre precisamente en el concubinato *modelo*, al que se ciñe la pretendida defensa, en el santo vínculo del matrimonio, con la sensiblería que no mira a cada caso en particular para procurar su solución conforme al orden y a la doctrina de Cristo, sino en conjunto presentando el problema como una fatalidad que carece de solución pretendiendo desviar las inmutables razones que en todo momento y en toda ocasión rechazan la ilícita unión, pues una cosa es el deber de compadecer al delincuente y procurar su enmienda, y otra muy distinta el reconocimiento en algún modo del delito.

En cuanto a la jurisprudencia patria, ante la falta de preceptos que reconozca el concubinato, muy difícil le hubiera sido en todo caso pronunciarse en su favor; antes al contrario, secunda el sentido ya destacado de nuestro ordenamiento que incluso en lo meramente patrimonial y referido a algo como el contrato, al fin relación transitoria y circunstancial, le niega eficacia cuando el objeto, la causa, cláusulas o condiciones son contrarias a la moral o a las buenas costumbres (25 bis).

Resulta, pues, absurdo pretender presentar algunas de las sentencias del Tribunal Supremo como tendentes a una interpretación o doctrina proteccionista de la relación que nos ocupa. No es cierto—hemos de afirmar con toda energía—que el aludido Tribunal haya mostrado la más mínima actitud favorable al género de unión que jurídicamente estudiamos; la sentencia de 8 de marzo de 1918 declaró la ilicitud de un convenio que tenía por objeto restablecer un estado de mancebía interrumpido, y la de 2 de abril de 1941 estimó la ineficacia de una donación condicionada a la ruptura de un estado «no sólo anormal, sino contrario a las leyes y a los dictados de *la moral menos exigente*», sin que esta doctrina pueda entenderse contradicha por la contenida en la sentencia de 17 de octubre de 1932, basándose en la circunstancia de que aceptase como obligación el compromiso voluntariamente contraído de satisfacer cierta pensión a una joven con la que se sostuvieron relaciones íntimas, pues tal resolución no se funda en el concubinato y su interrupción, sino que impone la reparación, no al amante, sino al «seductor» que no es lo mismo; porque éste, «hombre culto de edad madura», había seducido a «una joven huérfana de dieciséis años, que, a fin de atender a su subsistencia, ejercía un modesto empleo, abandonado luego por ceder al capricho de la seducción, en cuanto—sigue argumentando el T. S.—desplazó «a la mujer del ámbito de una *vida honesta* para situarla en el rango de la *concubina*, agravándose su situación *irregular* al sobrevenir los frutos de la maternidad, con todo lo cual se originó, aparte de la *pérdida de la estimación social*, ciertos deberes *morales imputables al varón*, el cual, consciente de ello, no pudo

(25 bis) Artículos 1.271, 1.275 y 1.255 del Código civil.

por menos de traducirlos en *auxilios materiales de índole económica*. Si no fuera suficiente la clara expresión de esta argumentación, bastaría observar las expresiones subrayadas para comprender su convicción, acorde con la del legislador, limitándose a sancionar el engaño, la maldad si se quiere del seductor por fundamento análogo al que podría utilizar un Tribunal de lo criminal para castigar al autor de una violación o de un estupro, con esa responsabilidad civil especialísima que traza el Código penal y que llega al deber de dotar a la ofendida, sin por ello relacionarse la base del pronunciado con el concubinato, ni mucho menos ampararle en forma alguna.

Al igual que la sentencia acabada de comentar, donde el efecto se valora, no en cuanto al concubinato, pues sin él puede producirse aparte la causa bien destacada que remarca de entidad independiente y sí en tono de castigo por conducta ilícita, sin dar eficacia a una relación cuya ilegitimidad se empieza por proclamar, las demás que se han citado para demostrar esa actitud de nuestro Tribunal Supremo que, repetimos, no es cierta, lejos de contradecir nuestra tesis la reafirma, en cuanto nos revela la protección, conforme a las normas generales del Derecho vigente, de ciertos efectos nunca exclusivos de aquella unión.

Conforme a la orientación de la de 18 de diciembre de 1940, la sentencia de 13 de febrero de 1941, que resuelve un pleito entre la concubina de un obrero muerto en accidente de trabajo y la viuda del mismo, da la razón a la primera, pero no por su condición de tal, ni tan siquiera por su derecho propio, sino como representante de los hijos que tuvo con el accidentado, los cuales convivían con él, y a cuyo favor se reconoce la indemnización fijada contra la empresa, tomándose como fundamento lo estatuido en la legislación laboral que, sobre el derecho meramente hereditario, pone la realidad del perjuicio al establecer prioridad en favor de las personas que convivían con la víctima; es decir, las verdaderamente afectadas patrimonialmente por el suceso que en el caso de referencia no pudo dañar a la viuda que jamás había vivido con su marido. En el litigio triunfa, pues, entre los familiares, aquellos quienes, como los hijos, habitaban con el accidentado, aunque éstos, como menores, tenían que ser representados por alguien, y lo fueron por su madre, que actuó en el litigio como tal, sin invocar derechos que nuestro ordenamiento no reconoce en favor de la concubina, la cual tan siquiera puede aducir su carácter de miembro de la familia, que supone y requiere unión legítima, salvo los derechos excepcionalmente concedidos, no a la amante, sino a los hijos de la torpe unión que gozan de la justa protección que nuestro Código civil les dispensa, sin haber pensado para nada en la tan repetida relación de por sí, como causa no exclusiva de tales filiaciones ilegítimas, cuyo limitado amparo nunca necesitó de la particular preocupación sobre la estabilidad y permanencia de la unión que la motivó, antes al

contrario, se rehabilita cuando se transforma por subsiguiente matrimonio.

No queremos terminar sin aludir a lo que pudiéramos llamar argumento sentimental, donde al fin vienen a ampararse los que sostienen el llamado *temperamento de equidad*, ante la necesidad por ellos estimada frente a lo que presentan como problema, de amparar los intereses dignos de protección surgidos de la relación concubinaria, posición elaborada por el sector de opinión que apunta Puig Peña en su tan mencionado trabajo, «entre esas dos eternas verdades, la verdad de la ley y la verdad del corazón», como si la primera, comentamos, desconsiderada e inflexible se pusiese a las suavidades e impulsos del segundo. Bastaría lo ya expuesto para rebatir semejante argumento; pero hemos de insistir someramente para una consideración más directa o comentario al respecto que en seguida corrobora los que hemos sostenido. Nada más absurdo que esa pretendida oposición entre la ley y el corazón, máxime cuando la primera es tan clara en su sentido y justicia que lleva al «firme ademán de repulsa», de que nos habla el culto articulista, para evitar las situaciones a ella contrarias. Si el derecho, aunque parte distinguible de la moral, es de ésta inseparable, y el origen del orden moral está en Dios, y no en su inteligencia ni en su poder, sino en el *amor* de su perfección infinita, sin que más allá de esto nada se pueda concebir que sea origen de aquel orden (26), imposible aceptar la diatriba u oposición en que pretenden ampararse aquellos juristas y sociólogos como único, supremo recurso frente al imperativo de las normas que terminantemente vienen a declarar la ilicitud de la unión que nos ocupa, ineficaz en todo caso para servir de causa justa en donde hacer descansar su sustantividad a la faz del derecho.

Aceptar un enfrentamiento entre la ley y el corazón sería, pues, lo mismo que admitir una oposición entre el orden moral y su fundamento, el Autor de toda ley: es decir, sería igual que sostener la posibilidad de una contradicción en la misma esencia de Dios, lo que equivaldría a negarle.

No confundamos el sentimiento, los efluvios del corazón en que puede hacerse descansar el fundamento de la equidad, con el sentimentalismo carente de base utilizado como arma ficticia para justificar lo injustificable. Si Dios, como dicen los teólogos, tiene más a la misericordia, no por ello deja de ser infinitamente justo, en perfecta armonía con el orden moral, que en Él está, cuya alteración, mientras perdura, lejos de poder ampararse en el corazón o, lo que es lo mismo, en el amor, es a éste al que daña y menosprecia.

Podría concretarse la objeción trayendo a colación la constan-

(26) V. BÁLMEZ, *Filosofía elemental*, tomo I (Ética), págs. 218 a 222.

te actitud de Jesucristo en favor del pecador; pero recordemos que no por ello, no por la Misericordia que perdona se contradice la norma infringida por el pecado, pues precisamente el perdón de lo que dispensa es del castigo, de otro modo inevitable en razón al imperativo de la norma así confirmada. Por esto, hácese precisa la actitud de contrición, que requiere a su vez el reconocimiento humilde de la transgresión y, con ello, de la ley conculcada. Pero en el concubinato, mientras como tal puede calificarse, es decir, ínterin permanece la unión sin repararse por el matrimonio, o si éste no fuere posible, caso que si cabe todavía menos justifica la ilicitud, haciendo cesar la comunidad de vida (27); no puede pensarse en una actuación incondicional de la Misericordia, que por lo dicho exige la actitud de rectificación, sin la cual la contrición no puede ser sincera; pero es el caso que producido este presupuesto ya no hay problema, pues la relación ha desaparecido. Todavía podrá argüirse sobre los efectos de la unión ya disuelta y hasta perdonada; pero hemos de insistir una vez más en lo innecesario de dar a las consecuencias personalidades, en cuanto sólo constituyen hechos a valorar dentro de las previsiones generales del ordenamiento positivo vigente, y hasta la de más transcendencia, como es la filiación, queda automáticamente superada por la legitimación, precisamente producida por el subsiguiente matrimonio, entrando por lo demás, en todo caso, en las normas trazadas para cuando la concepción tuvo lugar fuera de la relación legítima.

* * *

De cuanto ha sido expuesto, fácilmente se deduce que, el concubinato, lejos de poder reconocerse por el legislador, directa o

(27) Uno de los argumentos que se han aducido para justificar, o por lo menos explicar, la situación que estudiamos, es la imposibilidad en ciertos casos de llegar a la formalización del vínculo. Inadmisibles contrasentido, pues si existe dificultad para el matrimonio es por la ilicitud que la unión supondría en razón a falta de capacidad o aptitud, o cualquier otro impedimento, todo ello fundado en elevados principios que quedarían indirectamente burlados si de algún modo se diera beligerancia al concubinato; por lo cual, tan absurdo fundamento demuestra, antes al contrario, un peligro más de la relación que pretende justificar.

En cuanto a la terminación del amancebamiento por el abandono, es el medio de solucionar la ilicitud de la situación; de lo que resulta asimismo inadmisibles la preocupación por el trato jurídico de esa resolución en cualquiera de los concubinos, la más adecuada para rectificar su conducta y rehabilitarse a los ojos de Dios y de la sociedad. Precisamente será, las más de las veces, el remedio para aquel otro abandono, el único contra el cual la ley ha de actuar, es decir, el abandono de la familia legítima. Por tanto, ¿cabe hablar tan siquiera de una protección contra el que pone fin a la ilicitud que tantos males individuales, familiares y sociales produce? Distinto es el supuesto del engaño en términos que integren la seducción o cualquier otra conducta análoga o, en suma, injusta, como antes comentábamos, supuestos en los que no es concubinato la causa, sino otros hechos independientes, aun cuando puedan aparecer ligados con los que integran la estudiada relación, y frente a los cuales, aunque no se llegue a lo punitivo, cabe la reparación.

indirectamente, a través de sus consecuencias, si en algo constituye problema—dentro de lo jurídico—es para pensar del modo y alcance en que deba proscribirse, avanzándose así en contormidad cada vez mayor con la ley moral, cual exige la más mínima exigencia de una postura ortodoxa, aparte la inutilidad práctica de cualquier otra actitud, de forma que sólo por un sentimentalismo sin fundamento, en los de buena fe, o por prurito de pisotear el orden moral en los que por otro impulso procediesen, cabría secundar la opinión descrita, afortunadamente muy poco extendida y sólo reconocida hasta hoy en pueblos que por sus concepciones frente a la sagrada institución de la familia, al fin con la protección de la ilícita unión son consecuentes y lógicos dentro de sus erróneas doctrinas.

Todo ello nos hace pensar, por último, en que ni tan siquiera debe aceptarse la expresión «uniones maritales de hecho», que podría también inducir a confusión y ser instrumento, más o menos consciente, de la tan perjudicial posición, pues si marital es lo «perteneiente al marido o a la vida del matrimonio», y el matrimonio sólo puede serlo de derecho; carece de sentido la sustantivización a base del hecho, mucho mejor expresado con la palabra que claramente lo revela y de aplicación conocidísima y usual. Si el acto, el contrato, o la institución en su caso no pueden limitarse o reducirse al simple hecho, porque aislado es éste insuficiente, mucho más cuando implica contradicción a las condiciones impuestas por la norma que a aquéllos regula, y en grado sumo en el caso singularísimo que nos ocupa, pues el concubinato, en todas sus formas y circunstancias, sin distingos, supone la oposición y desprecio más concluyentes a la sagrada institución del matrimonio, revestida de excelsa dignidad: «et a Criso ad dignitatem sacramenti elevata» (28).

Valgan las presentes líneas de aportación al tema, una entre las que el articulista a que tanto nos hemos referido solicita en las palabras finales de su brillante exposición, aunque por ser la nuestra la más modesta de todas, no cubramos la condición allí impuesta de que se hiciere por plumas más autorizadas.

(28) Con estas palabras suelen la mayoría de los canonistas remarcar la sublime nota de la institución, también contenida en la definición legal del canon 1.012 del «Codex iuris canonici»: «Christus Dominus ad sacramentum dignitatem avexit ipsum contractum matrimonialem inter baptizatos.»

La constitución tácita de las servidumbres en el Código civil español

JOSE BONET CORREA
Doctor en Derecho

PRELIMINARES

1. *Planteamiento crítico del artículo 541.*—2. *El artículo 541 y el Derecho foral.*—3. *Plan a seguir.*

CAPITULO PRIMERO

ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 541

I. SEPARACIÓN ACTUAL DE LOS PREDIOS: 4. *Enajenación de alguno de los predios.*—5. *Actos y negocios jurídicos inter vivos.*—6. *Actos jurídicos mortis causa.*—II. EXISTENCIA DE UN ESTADO DE HECHO APARENTE DE ACUERDO CON LA SERVIDUMBRE PRETENDIDA.—III. ESTABLECIMIENTO DEL ESTADO DE HECHO POR EL PROPIETARIO DE AMBOS PREDIOS: A) Primer grupo: 7. *La destinación del propietario.*—B) Segundo grupo: 8. *Eficacia de los actos de un enfiteuta y de un superficiario.*—9. *Eficacia de los actos de un fiduciario.*—10. *Eficacia de los actos de un propietario sometido a condición resolutoria.*—11. *Eficacia de los actos de un propietario con derecho revocable (donación revocable y disposiciones testamentarias inoficiosas).*—12. *Eficacia de los actos de un propietario sobre sus inmuebles hipotecados.*—C) Tercer grupo: 13. *Eficacia de los actos del representante y de los simples poseedores.*—IV. FALTA DE DECLARACIÓN CONTRARIA A LA EXISTENCIA DE LOS SERVICIOS EN EL TÍTULO DE ENAJENACIÓN Y LA NO DESAPARICIÓN DEL SIGNO.

CAPITULO II

LA NATURALEZA Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DESTINACIÓN DEL PROPIETARIO

I. LA NATURALEZA DE LA DESTINACIÓN: 14. *Terminología de la institución.*—15. *Doctrina del consentimiento tácito y de la presunción de voluntad del testador.*—16. *Doctrina de la inherencia real.*—17. *Doctrina del signo aparente.*—18. *Doctrina de la destinación como acto unilateral.*—19. *Doctrina de la constitución legal o automática de la servidumbre.*—20. *Doctrina de la concesión implícita.*—21. *Doctrina de la servidumbre en cosa propia o de propietario.*—22. *Conclusiones acerca de la naturaleza jurídica del acto de constitución de la servidumbre por destinación.*—II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DESTINACIÓN: 23. *Nacimiento y prueba de la servidumbre constituida por destinación.*—24. *Contenido y ejercicio de la servidumbre constituida por destinación.*—25. *Extinción de la servidumbre constituida por destinación.*

EPILOGO

PRELIMINARES

1. *Plantamiento crítico del artículo 541*

La constitución tácita de las servidumbres por signo aparente, según el texto del artículo 541. del Código civil, ha sido poco estudiada por la doctrina española. A excepción de las clásicas obras sobre el Código, especialmente las de Manresa (1), Mucius Scaevola (2), Navarro Amandi (3) y Comas (4), los tratados de Sánchez Román (5), Castán (6) y Puig Peña (7), el estudio de De Buen (8), de Pérez González y Alguer en sus notas a Enneccerus (9) y el comentario de Bonet Ramón (10) a una sentencia del Tribunal Supremo, insuficientes, por lo demás, carecemos en absoluto de un estudio orgánico y completo de su historia y de su dogmática de acuerdo con nuestro Derecho positivo.

Vista ya la procedencia y el desenvolvimiento histórico (11), nos resta examinar los presupuestos integrantes de su concepto y la determinación de su régimen jurídico. Problema el primero que, si bien es conocido, no ha sido desarrollado en toda su extensión. En cuanto a la determinación de la naturaleza y régimen jurídico, son materias consecuencia una de la otra y que oscilan, según las diferentes posiciones de la doctrina, entre dos polos: el legalista y el voluntarista, aunque no falten posturas intermedias, como vamos a ver.

-
- (1) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, IV (Madrid, 1895), 583.
 (2) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente*, X (Madrid, 1895), 269.
 (3) NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código civil reformado*, II (Madrid, 1889), 286.
 (4) COMAS, *La revisión del Código civil*, V (Madrid, 1902), 507.
 (5) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*², III (Madrid, 1900), 649.
 (6) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*⁷, II (Madrid, 1950), 500 y 503.
 (7) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, III-1.º (Madrid, s. f.) [1950], 394.
 (8) DE BUEN, *Servidumbres*, en *Enciclopedia jurídica española*, XXVIII, 640.
 (9) ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, trad. esp. con notas de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, III-2.º (Barcelona, 1937), 46.
 (10) BONET RAMÓN, en el comentario a la sentencia del T. S. de 8 de marzo de 1942, en *Revista de Derecho privado*, XXVI (1942), 411; véanse, además, los estudios incompletos de: LEZÓN, *El signo aparente de servidumbre y el artículo 541 del Código civil*, en *Revista de los Tribunales*, XV (1904), 225; SANCHEO REBULLIDA, *¿Puede la fatalidad originar servidumbres? En torno al artículo 541 del Código civil*, en la *Revista Universidad*, de Zaragoza, IV (1946), 39; OYUELOS PÉREZ y MARTÍNEZ ANGEL, *Tratado de arquitectura legal*, II (Madrid, 1894), 187.
 (11) V. nuestros estudios: *Sobre la supuesta constitución tácita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas*, en *Anuario de Historia del Derecho*, XIX (1948-1949), y *La «destination du père de famille» del Derecho civil francés y otros Derechos extranjeros*, en *Información jurídica*, núm. 86-87 (1950), 879.

Hasta ahora, la cuestión no ha sido claramente planteada entre nosotros debido al carácter preceptivo con que en el artículo 541 viene impuesta la constitución de la servidumbre. Tan sólo el profesor Castán, en su obra «Derecho civil español común y foral», y, posteriormente, como ponente de la sentencia de 3 de marzo de 1942, se ha ocupado del tema; pero el problema queda en pie, debido al eclecticismo que en una y otra adopta, aunque dé preferencia a la consideración legal (por influencia reconocida de Barassi). Tal carácter intermedio es insostenible, ya que el calificar y dotar de una u otra naturaleza jurídica a este modo constitutivo de las servidumbres obliga a seguir regímenes que resultan diferentes respecto a la constitución, desarrollo y extinción de las mismas. Esto nos lleva a enjuiciar ahora el estudio de tan interesante cuestión y a buscar una conclusión de acuerdo con la que creemos su verdadera naturaleza: la voluntaria.

El artículo 541 del Código civil dice textualmente: «La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.»

Se creyó suficiente con la redacción de un solo artículo para imponer la constitución tácita de las servidumbres y al mismo tiempo no incurrir en la discordancia de los tres artículos del Código civil francés (692, 693 y 694). Como concreción de los tres artículos del Código civil francés resultó el artículo 541, que recoge una institución ajena a nuestro Derecho tradicional (12), pero

(12) Algún autor, como BORRELL, *Derecho vigente en Cataluña*, II (Barcelona, 1944), 198, quiere ver en nuestros cuerpos legales e instituciones ciertos precedentes. Según él, se insinúa en este sentido la Ley 14, Tit. 31, Part. 3.^a, cuando no parece oponerse a la presunción de voluntad del enajenante y adquirente. Para fundar dicha presunción también se ha invocado en el Derecho de Cataluña la Constitución 59 de Sanctacilia, que obliga a indemnizar al comprador por la existencia de servidumbres ocultas en la finca comprada, y una sentencia de los Ediles de Barcelona de 1600. También lo defienden: ADMETLLA, en *Revista jurídica de Cataluña*, 3 (1897), 194; MASPOUS, en *Revista jurídica de Cataluña*, 27 (1921), 526, y CANCEL, *Variarum Resolutionum*, part. 3, cap. 4, números 2 a 8, citado por este último. No obstante, observamos cómo la Ley 17, Tit. 31, Part. 3.^a, confirma claramente la falta de precedente y va contra el espíritu del artículo 541, al decir que «la otra manera por que se pierde es ésta, así como quando aquel cuya es la cosa que debe la servidumbre compra la otra á quien la debe ó gana el señorío della de otra guisa, ó aquel cuya es la cosa á quien debie la servidumbre compra la otra en que la habie ganada: ca por razón de la compra por que se ayunta la una cosa á la otra en un señorío piérdese la servidumbre. Et maguer la enagene despues ó la tenga para si de alli adelante, nunca debe seer demandada nin es obligada la cosa que asi es comprada á aquella servidumbre, fueras ende si despues deso fuese puesta nuevamente» (*Las Siete Partidas del Rey Don Aljonso el Sabio*, ed. de la Real Academia de la Historia, II (Madrid, 1807), 763. Cfr. *infra*, nota 14.

beneficiosa, de un gran alcance jurídico (13) y que ya había sido introducida en nuestra Patria, antes de la publicación del Código civil, por medio de la Jurisprudencia (14), notoriamente influida por la *Cour* de casación francesa.

El legislador, dominado por el voluntarismo de la época, al querer regular la constitución tácita de las servidumbres, se encontró con que en ella no existía o era insuficiente el elemento voluntario. No estimó como tal la destinación efectuada por el propietario, porque ello supondría imponer una excepción en los *iura in re aliena*, al admitir servidumbres en cosa propia, lo cual va contra el principio de que *nemini res sua servit*. Por eso recurrió a un medio objetivo como el del signo aparente que, a través del recurso técnico de la ficción (15), es equiparado al título. Esto no quiere decir que la institución sea ya de creación legalista, puesto que el propio legislador se traiciona al manifestar que la servidumbre «continúa activa y pasivamente», lo que implica, por otro lado, reconocer el acto de destinación anteriormente establecido y que, sin mencionarlo y a través de su manifestación (el signo aparente), sea considerado como título constitutivo. Ante este criterio mixto y oscuro, la Jurisprudencia (16) oscila entre las diversas teorías existentes. De aquí la importancia que en este caso tiene la doctrina para orientar en la aplicación del artículo 541.

Además de este defecto central, el legislador deja sin aclarar otras particularidades. Así, nada dice acerca del valor de la destinación (como, en cambio, insinúa, en cierto modo, el artículo 692

(13) El mismo sentido ponderativo del artículo 541 puede verse en: LEZÓN. *op. cit.*, pág. 225, y MANRESA. *op. cit.*, pág. 538.

(14) SÁNCHEZ DE MOLINA, *El Derecho civil español en forma de Código* (Madrid, 1873), pág. 141, donde recoge la Sentencia de 14 de septiembre de 1867 que aplica ya este modo constitutivo, según la cual, «lo dispuesto en la Ley 14, Título 31, Part. 3.ª, que trata de cómo se constituyen las servidumbres, no se opone al principio de que cuando uno vende parte de un terreno que le pertenece y no se establece en el contrato de venta un modo de disfrute por el comprador distinto del que usaba el vendedor, se entiende vendido el terreno con las servidumbres necesarias para verificarlo». El mismo principio fué también aplicado por el Tribunal Supremo en Sentencias de 14 septiembre 1867, 10 julio 1880, 10 enero 1883, 7 junio 1883 y 7 noviembre 1883.

(15) Estamos sin duda ante una ficción y no ante una presunción legal, puesto que el legislador, más que haber querido presumir el mutuo acuerdo sobre el precedente estado de hecho, reflejado en el signo, lo «considera», es decir, lo equipara, lo sanciona, lo estima como título. También cree que es una ficción, aunque sin aducir razones, SANCHO SERAL e: sus notas a HEDEMANN. *Las presunciones en el Derecho*, trad. esp. (Madrid, 1931), 257, n. d.

(16) Nuestro Tribunal Supremo ha dictado sobre el artículo 541 las Sentencias siguientes: 14 septiembre 1867, 10 julio 1880, 10 enero 1883, 7 junio 1883, 7 noviembre 1883, 21 octubre 1892, 26 junio 1893, 7 febrero 1896, 8 febrero 1899, 27 mayo 1899, 4 julio 1899, 31 marzo 1902, 6 febrero 1904, 5 abril 1906, 12 octubre 1909, 29 mayo 1911, 17 noviembre 1911, 1 febrero 1912, 29 diciembre 1914, 23 noviembre 1917, 7 enero 1920, 6 marzo 1920, 4 julio 1925, 10 abril 1929, 6 enero 1932, 24 mayo 1933, 30 mayo 1933 y 3 marzo 1942. La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha referido al artículo 541 en la Resolución de 11 de mayo de 1909.

del Código civil francés); ni de la extensión y contenido del signo aparente; ni determina su régimen jurídico, ni de los actos realizados por otras personas que no sean el propietario o un delegado suyo; ni de los actos de separación o enajenación; en fin, nada dice de todos aquellos elementos que integran y determinan tal modo de constitución y adquisición de las servidumbres aparentes, a las que exclusivamente se refiere.

2. El artículo 541 y el Derecho foral

También se presenta la cuestión, dada la variedad legislativa que existe en nuestra Patria (régimen de Derecho común y régimen de Derecho foral), en cuanto al alcance territorial del artículo 541. La solución viene resuelta por los foralistas y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

De un modo general, Barrachina (17) considera aplicables a los territorios forales los artículos 540 y 541 del Código civil; opinión que nosotros aceptamos por venir apoyada en el criterio afirmativo que también sanciona el Tribunal Supremo y, además, debido a la categoría de norma supletoria que tiene el Código civil.

En el Derecho catalán, según Borrell (18), la doctrina de la destinación que adoptó el artículo 541 del Código civil fué aplicada a Cataluña por la jurisprudencia posterior. Así lo reconocieron las sentencias de 31 de marzo de 1902, 29 de mayo de 1911 y 29 de diciembre de 1914. La jurisprudencia anterior al Código civil también aplicó el supuesto que se fundaba ya en la presunción del enajenante y adquirente (SS. 7 junio 1883 y 5 abril 1898). Igualmente, la sentencia de los Ediles de Barcelona de 1600 (19) presenta analogía con nuestro caso al declarar que las aberturas que dan a la vía pública se convierten en servidumbre si la vía pasa a ser de dominio privado, a menos que se libere de ella por justa causa. Para Casals Colldecarrera (20) «la realidad de la práctica jurídica consagra el criterio estrictamente contrario, que en el De-

(17) BARRACHINA, *Derecho foral español*. II (Castellón, 1912), 233.

(18) BORRELL, *op. cit.*, pág. 197; afirmativamente, también CORBELLÀ, *Manual de Derecho catalán* (Reus, 1906), 453; PELLA y FORGAS, *Código civil de Cataluña*, II (Barcelona, 1917), 205, y los demás autores citados en nota 1.

(19) Según PELLA y FORGAS (*op. cit.*, pág. 206), «CÁNCER recuerda un caso práctico en que intervino. Un propietario lo era de dos casas contiguas y toda el agua vertía en la otra, y vendió esta última; no sin que el comprador viese los canales del agua que vertía; mas algún tiempo después dicho comprador, ejercitando la acción negatoria de servidumbre, pidió se librase de ella a su casa. CÁNCER sostuvo la opinión contraria, fundándose en la *Ley binas* del Digesto de *servitibus urbanorum praediorum* (D. 7, 3, 36) y en el comentario que PABLO DE CASTRO hace a D. 39, 3, 47, y así se resolvió—dice—por los ediles de la ciudad en el mes de enero de 1600; que es jurisdicción competente acerca de dichas servidumbres urbanas».

(20) CASALS COLLEDECARRERA, *El derecho real de servidumbre, según los principios del Derecho foral de Cataluña* (Barcelona, 1911), 15.

recho español común corresponde al artículo 541 del Código civil que, como sabemos muy bien, no es de aplicación en Cataluña, puesto que rigen las disposiciones romanas, señaladas anteriormente». Pero, sigue diciendo este autor, que «doctrinalmente ha sido sustentada por numerosos juristas, aun en Cataluña sin que en ningún caso se haya tratado de justificar su adopción» (21). Y más adelante concluye: «no podemos menos de señalar que el Derecho foral de Cataluña no muere en este aspecto privado con el Decreto de Nueva Planta, al desaparecer los antiguos Cuerpos legisladores del Principado, y que toda vez que rige en Cataluña, como fuente supletoria de Derecho, la costumbre (22), no creemos pueda ofrecer duda alguna la posibilidad de creación de nuevas formas legales en Cataluña, por fuente consuetudinaria, ni que costara esfuerzo alguno admitir la práctica señalada en las sentencias del Tribunal Supremo, a que nos hemos referido, como jalones en los que cimentar la existencia de un verdadero derecho consuetudinario en esta materia, puesto que, a mi entender, quedan perfectamente cumplidos los requisitos necesarios para que pueda reputarse tal práctica como costumbre». Ultimamente, manteniendo igual criterio, la Sala de la Audiencia Territorial de Barcelona, en sentencia de 26 de noviembre de 1948, dice en uno de sus considerandos: «Que el demandado funda su oposición a lo solicitado por el demandante en lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, de aplicación en Cataluña, según tiene declarado el Tribunal Supremo en repetidas sentencias.»

Para el territorio de Navarra rige igualmente el artículo 541, puesto que, a falta de otra norma, se ha de juzgar por el Derecho común (23). Según Lacarra (24), «dividida una finca entre varias personas, se entienden subsistentes sus servidumbres, si en el contrato no se ha hecho mención alguna relativa al modo de aprovechar la finca y no desaparecieron los signos ostensibles del gravamen» (SS. 7 febrero 1896 y 31 marzo 1902). «Así bien —dice—, cuando de dos fincas pertenecientes a un mismo dueño una sufre un gravamen de la otra, al adjudicarse o venderse esas fincas a distintos dueños, debe entenderse que subsiste el aprovechamiento, si nada se pactó en contrario, cuya doctrina, aceptada por el artículo 541 del Código civil, se halla de acuerdo con las leyes 36 y 37, título II, y 8.ª, título IV, libro 8.º del Digesto.»

Para el Derecho foral aragonés, el Tribunal Supremo expresa, en la sentencia de 30 de mayo de 1933, que «la infracción por indebida aplicación del artículo 541 del Código civil, en que se basa el segundo motivo de casación, tampoco puede acogerse, porque tal artículo no lo aplica la sentencia recurrida como princi-

(21) V. el citado dictamen de ADMETLLA, en *Revista jurídica de Cataluña*, 3 (1897), 196.

(22) Cánones 27 y 28 del *Corpus iuris Canonici*.

(23) V. Ley 1.ª, Tit. 3.ª, Lib. 1.º, de la Novísima Recopilación de Navarra.

(24) LACARRA, *Instituciones de Derecho civil navarro*, I (Pamplona, 1917), 380.

pal fundamento de su fallo, sino como argumento secundario, «aun prescindiendo de las anteriores apreciaciones», dice en su considerando cuarto y como supletorio de las deficiencias de las disposiciones privativas de Aragón, por lo que no existe infracción de aquel artículo, ni aun indebidamente aplicado hubiera cambiado el fallo de la sentencia objeto del presente recurso». También el recurrente alega, en este mismo juicio, que las servidumbres de luces y vistas se constituyen y adquieren por el modo establecido en el artículo 541 del Código civil, aplicable en Aragón, por cuanto sin oponerse a sus disposiciones privativas suple su deficiencia en un caso no previsto por las mismas.

La destinación tuvo un buen arraigo en Galicia, dada la especial estructura de su agro (propiedad minifundiaría), y fué prontamente llevada a la práctica por los Tribunales. Entre otras sentencias, la Audiencia Territorial de La Coruña aplicó este modo constitutivo en las de 14 de septiembre de 1862, 26 de junio de 1893, 8 de octubre de 1945 y 5 de julio de 1948.

3. Plan a seguir

La relación jurídica de la destinación como modo constitutivo tácito es bastante compleja, puesto que en ella juegan diversos elementos. De aquí que el análisis de los presupuestos que comprende se haga necesario para llegar a su definición y ver su contenido. Según el artículo 541, la relación implica: 1.º Separación actual de los predios; 2.º Existencia de un estado de hecho aparente de acuerdo con la servidumbre pretendida; 3.º Establecimiento del estado de hecho por el propietario de ambos predios; 4.º Falta de declaración contraria a la existencia de los servicios en el título de enajenación y la no desaparición del signo.

Una vez analizada su definición hay que estudiar a continuación su naturaleza jurídica. Ello supone tratar uno de los problemas hasta ahora más debatidos. Desde que la concibió Bartolo, la destinación ha venido justificada y expuesta dentro de las más diversas teorías y doctrinas. Nos hemos de referir a las fundamentales, y en especial a las más características. Una vez conocidas se impone nuestra conclusión, pero no sin antes analizar y comprender que para obtener un resultado se hace necesario también un detallado estudio de la destinación como modo constitutivo de las servidumbres, la naturaleza del acto de constitución, qué clase de servidumbre es la originada por este modo constitutivo y qué régimen jurídico sigue. Sin antes haber perfilado estos matices, la destinación seguirá encerrada en la más vaga penumbra, su eficacia será exigua y nuestras conclusiones doctrinales erróneas. Con el presente estudio tan sólo pretendemos esclarecer el problema y obtener los resultados que se apetecen para una mejor ordenación positiva.

CAPITULO PRIMERO

ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 541.

I. SEPARACIÓN ACTUAL DE LOS PREDIOS :

4. *Enajenación de alguno de los predios.*

La destinación, para nosotros, es un acto complejo, según veremos más adelante. De aquí que la enajenación implique, dentro del proceso de creación del acto de destinación, uno de los presupuestos fundamentales al cual debemos atenernos principalmente para deducir el nacimiento y la existencia de la servidumbre.

El acto de enajenación es esencial; supone el traspaso de la titularidad del derecho del dominio a otra persona. Es, además, un traspaso que lleva consigo un orden de atribuciones y poderes respecto del derecho cedido, así como todas aquellas ventajas y cargas que le sean inherentes. Quiere esto decir que cuando un propietario impone a sus bienes una cierta forma y traspasa a otra persona aquellos mismos bienes, en iguales condiciones, los servicios y lazos creados tienen una cierta relevancia para el ordenamiento jurídico, el cual es trasunto de un fondo económico y vital de las relaciones de las personas. El ordenamiento, siempre atento a las seguridades de su tráfico y a la garantía de sus relaciones, no defrauda a aquellas personas que de buena fe llegan a la estimación de ciertos objetos o derechos atribuidos que aparecen con ciertos caracteres ventajosos al realizar un acto o negocio jurídico. De aquí que los signos aparentes en las cosas sean la expresión más clara de su existencia y que todo el mundo, salvo prueba o declaración en contrario en el momento oportuno (en la enajenación o traspaso), tenga por cierto lo que ve. Otro trato diferente supondría un fraude para el adquirente, que confiado en la apariencia de las cosas vería burlado su derecho. El legislador toma en cuenta así las situaciones dignas de protección y les otorga un alcance jurídico.

Esta es la función que cumple el artículo 541: dada una cierta situación de hecho, la protege y la eleva a categoría jurídica. Los servicios establecidos por el propietario común alcanzan, en el momento de la enajenación, la categoría de servidumbre. La seguridad del tráfico jurídico, tan complejo en la vida moderna, requiere un trato especial para ciertas relaciones de derechos aparentes. Ellas no son más que la prueba fehaciente del estado de las cosas, del título que ostentan y de los intereses que encierran.

La enajenación es un momento y un acto de suma importancia, porque es el que completa el acto complejo de la destinación dentro de los actos progresivos que realiza el propietario; supone el término final de la misma. Casi todos los autores coinciden en ver en el acto de la enajenación el momento constitutivo de la

servidumbre, bien en virtud de la voluntad tácita de los titulares, o bien por los efectos que la ley impone (25).

La doctrina española, por lo que al artículo 541 se refiere, ha dicho lo mismo (26). A nuestro parecer, si bien el momento de la enajenación es fundamental y constitutivo de la servidumbre que se pretende, no lo significa todo. El acto de enajenación no es más que el momento final de la destinación. La destinación supone algo más: comienza mediante los actos de afectación que el propietario ejecuta sobre sus bienes; actos concluyentes (*facta concludentia*) de trascendencia y relevancia jurídica por su modo de expresión y contenido. Actos que crean situaciones de hecho y que predeterminan ciertas relaciones jurídicas. La destinación, como realidad constante, como ejercicio potestativo de una determinada relación o servicio de carácter permanente, supone una manifestación de voluntad clara y expresiva de que los fundos permanezcan en determinada forma. De ahí el valor de la destinación como voluntad afirmativa cuando el propietario observa silencio en el acto de enajenación.

La enajenación es la que opera los efectos jurídicos de la destinación de hecho, la que la equipara y eleva a relación jurídica exigible; pero la enajenación sin la destinación no crearía la servidumbre: sería silencio sin causa y sin motivo de contraposición. De aquí la trama vigorosa, la unidad sin escisión de estos dos momentos que se complementan y determinan, de los que el uno no surge sin el otro. Con perfecto sentido, el artículo 541 liga la consideración de la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas con el momento de la enajenación, al decir que «se considerará, si se enajenare una, como título». Es decir, que la enajenación es la *condicio sine qua non*, sin la cual no tendría lugar la consideración o equiparación del signo al título; pero claro está, deben darse igualmente las demás circunstancias a continuación expresadas por el artículo. Debemos hacer resaltar y concluir la importancia de estos dos momentos de la «destinación» (un modo de actuar, conservar o imponer) y de la «enajenación» (un acto de escisión, de separación de la propiedad) como elementos constitutivos de un acto jurídico complejo, llamado «destinación del propietario».

La expresión genérica del artículo 541 permite una labor de interpretación *in extenso* de los términos empleados, «dos fincas» y «enajenación». Al ampliar el significado de estas palabras no lo hacemos con ánimo de desquiciar la institución, de salirnos de sus verdaderos cauces, sino de darle un perfecto alcance, puesto que, además, lo pide la misma razón ontológica de la destinación. Así lo entiende también Mucius Scaevola (27). «El artículo—dice este

(25) Véase el capítulo final correspondiente al régimen jurídico.

(26) MANRESA, *op. cit.*, pág. 538; MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 283; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 649; DE BUEN, *op. cit.*, pág. 641; CASTÁN, *op. cit.*, pág. 503.

(27) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 280.

autor—habla de signo aparente entre dos fincas. El empleo de la preposición «entre» y del adjetivo numeral «dos» parece expresar que el signo ha de estar precisamente en las fincas y que éstas han de ser justamente dos. No es, sin embargo, así. En cuanto al signo hay que estar a lo dicho en el lugar referente a la apariencia o no apariencia de las servidumbres. En algunas de éstas, el signo se encuentra sólo en el fundo dominante (vertiente de tejados, huecos de ventana, balcones, azoteas, terrados, etc.); en otras, el signo constitutivo propiamente de las servidumbres se halla en el sirviente, formando una unidad material, como el acueducto, paso, desagüe.» «Respecto al número de fincas—expone—, es indudable que el signo pueda referirse a más de dos. Así los huecos, signos representativos de la servidumbre de vistas, pueden recaer sobre dos o más predios, un solo edificio tener vistas sobre dos o más fincas; el acueducto, el camino, puede aravesar varios fundos propiedad de la misma persona. En todos estos casos el signo aparente existe entre varias fincas, y si dado el supuesto de un edificio con vistas sobre dos o más patios o jardines, pertenecientes todos al mismo dueño, se enajena aquél, en las circunstancias que comprende el artículo 541, es claro que la servidumbre existirá, no entre dos fincas, sino entre tres o las que sean. Este y no otro es el espíritu del artículo, y si en él se ha consignado el número de dos es atendido a que, generalmente, son dos los predios entre los que existe la relación jurídica de servidumbre, pero sin que quepa excluir el caso de que dicha relación se extienda a mayor número de fincas.» El que el artículo 541 diga «dos fincas» no quiere decir tampoco que al existir una sola finca, por dividirse en dos o más, no pueda dar origen a la servidumbre por destinación. «No hay que olvidar nunca—sigue diciendo este autor (pág. 284)—que el único momento al cual hay que atender es el del fraccionamiento material del dominio, el de la extinción de la unidad, sea por enajenación de una parte de la propiedad que antes de la confusión constituía ya una finca, sea por enajenarse una porción cualquiera de ella. Aun en el caso de confusión del dominio de varias fincas, es muy probable que el dueño, durante la consolidación del dominio, altere la extensión o el estado de las fincas agregadas, y no ser, por tanto, las mismas originarias, sino ser mayor o menor al tiempo de la enajenación. La servidumbre arranca de la enajenación de una porción material de la propiedad, constitutiva de una unidad jurídica, bien por ser una sola finca, bien por la agrupación de varias: esto es indiferente. En uno y otro caso hay igual razón y debe haber idéntico derecho. Lo que exige el espíritu del artículo y su letra es la presencia de dos fundos separados y de un diverso dueño, y esto se cumple también en el fraccionamiento de un mismo predio, puesto que la fracción disgregada desde el momento de la separación del dominio por la división material de la propiedad es el capital, el decisivo, y que la ley no requiere ni puede requere-

rir que mientras subsista la confusión del dominio constituyan los predios heredades distintas. Es más: esto es un imposible legal porque, precisamente por estar reunido en una persona el dominio de varias fincas existe una unidad jurídica.» La mayor parte de los autores patrios se expresan en idéntico sentido al referirse a la interpretación extensiva y al alcance relativo de los términos del artículo 541 (28).

El Tribunal Supremo confirma esta interpretación de la doctrina. La sentencia de 14 de septiembre de 1867 considera «que lo dispuesto en la ley 14, título 31, Part. 3.ª, que trata de cómo se constituyen las servidumbres, no se opone al principio de que cuando uno vende *parte de un terreno* que le pertenece y no se establece en el contrato de venta un modo distinto de disfrute por el comprador del que usaba el vendedor, se entiende vendido el terreno con las servidumbres necesarias para verificarlo». La sentencia de 10 de enero de 1883 contempla el caso de *una dehesa que se divide por mitad* entre los respectivos herederos. La sentencia de 7 de noviembre del mismo año considera «que según la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, lo dispuesto en la ley 14, título 31, Part. 3.ª, que trata de cómo se constituyen las servidumbres, no se opone al principio de que *dividido un predio* entre dos diferentes personas, sin que se establezca en el contrato un modo de disfrute diferente del que usaba el primitivo dueño de la totalidad, se entienden subsistentes las servidumbres necesarias para verificarlo, y que el signo aparente de ellas es título para que continúen si al tiempo de la división de la propiedad no se expresa lo contrario». En el mismo sentido se expresan las sentencias de 21 de octubre de 1892, 7 de febrero de 1896. Y después del Código las de 31 de marzo de 1902, 6 de febrero de 1904,

(28) MANRESA, *op. cit.*, pág. 585, dice: «¿Son precisas dos fincas? La idea de unidad de finca es relativa. El Código no pretende que haya de tratarse de dos fincas tan fijas, que no puedan considerarse bajo otro aspecto como una, o convertirse en tres o más, ni puede pretenderlo. Precisamente en la mayoría de los casos, con relación a las fincas rústicas, se tratará de parcelas colindantes que, al pertenecer a un solo dueño o hallarse unidas, constituirían una sola finca. Pero el Código se ocupa de las servidumbres reales, y ya ha afirmado en el art. 530 que las servidumbres exigen «siempre dos predios», uno que sufra un gravamen y otro al que aproveche el beneficio, y la apariencia de servidumbre ha de revelar idéntico aspecto. En este sentido habla de dos fincas porque el signo revela un servicio que se presta de una parte a otra parte, y sean las que fueren las unidades reales de fincas que existan, han de estimarse como dos o graduarse de dos al efecto de la servidumbre». Y SÁNCHEZ ROMÁN, (pág. 64) cree que «menos violenta y más en la razón doctrinal del art. 541 estará ampliar su supuesto y solución al caso en que, en lugar de tratarse de dos fincas, se trate de una que se divida por el dueño y se enajene una parte de ella, continuando en una u otra de las dos partes o de las dos fincas que antes de la enajenación de una de ellas formaban una sola, el signo aparente de servidumbre». Opinan en el mismo sentido: NAVARRO AMANDI, *op. cit.*, pág. 287; OYUELOS PÉREZ y MARTÍNEZ ANGEL, *op. cit.*, pág. 191; DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho civil español*, III (Madrid, 1923), 531; DE BUEN, *op. cit.*, pág. 640; BONET RAMÓN, *op. cit.*, pág. 412; PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 395.

5 de abril de 1906 y 7 de enero de 1920. Haciéndose eco de esa doctrina, la sentencia de 10 de abril de 1929 dice que «durante la vigencia de nuestro derecho anterior al Código civil fué reiterada la jurisprudencia estableciendo la doctrina (como principio de derecho que no se oponía a la ley 14, título 31, Part. 3.ª) de que si *al dividirse entre varios una finca*, antes de un solo dueño, existían signos aparentes de servidumbre y no se convenía su desaparición, constituían título de tal servidumbre. Según la jurisprudencia, la doctrina de los signos aparentes, como título de servidumbre, es aplicable no sólo cuando se separa el dominio de las fincas, sino *también al dividirse una sola*».

Otra de las cuestiones aquí planteadas es la de saber el alcance y determinación de la palabra «enajenar» del artículo 541. No suele especificarse si se refiere concretamente a los negocios *inter vivos* (venta, donación, permuta, etc.) y si se excluyen los *mortis causa*; si se refiere sólo a las enajenaciones a título oneroso, si a las expropiaciones forzosas o también a las enajenaciones voluntarias, si a la enajenación directa de una de las heredades o, por el contrario, a cualquier desplazamiento de propiedad. El criterio unánime de nuestra doctrina y jurisprudencia es el de interpretar y comprender dentro del término de la enajenación todas las modalidades voluntarias de la transmisión total del dominio. Así lo entiende Mucius Scaevola (29), al expresar que el artículo se refiere a la separación de la propiedad de las fincas consolidadas, o sea, a su enajenación, comprendiendo, por tanto, todas las modalidades de la transmisión total del dominio, compraventa, permuta, donación. Lo que importa es la desintegración de una finca del dominio confundido, cualquiera que sea la modalidad de separación.

Manresa (30) se pregunta: «¿En qué forma ha de hacerse la separación? Lo esencial—contesta—es que la propiedad de las dos fincas se separe; poco importa la causa. El artículo 541 así lo demuestra, aunque las palabras «si se enajenare una» y «título de enajenación» pueden ofrecer alguna duda. Para nosotros, sin embargo, lo «esencial» es el signo y la separación, mientras que lo «accidental» es la enajenación, y, así, la división material de lo que se posee *pro indiviso*, la partición por herencia, etc., el mismo resultado que la enajenación debe producir.»

Igual opinión mantienen Navarro Amandi (31), Comas (32), De Diego (33), De Buen (34) y Puig Peña (35). No han faltado en nuestra doctrina quien haya restringido la amplitud del concep-

(29) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 283.

(30) MANRESA, *op. cit.*, pág. 587.

(31) NAVARRO AMANDI, *op. cit.*, pág. 288.

(32) COMAS, *op. cit.*, pág. 509.

(33) DE DIEGO, *op. cit.*, pág. 531.

(34) DE BUEN, *op. cit.*, pág. 641.

(35) PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 396.

to de enajenación y lo haya concretado para ciertos casos determinados (36). Veamos las opiniones de los autores y de la jurisprudencia para cada supuesto concreto.

5 Actos y negocios jurídicos «inter vivos».

Dentro del concepto genérico de la enajenación se comprenden la venta, la permuta, la donación, en una palabra, todas las formas de cesión o traspaso de bienes y derechos (división de la comunidad, expropiación y prescripción adquisitiva). La destinación del propietario surte efectos en todos los casos en que se realiza la división, sea cual fuere el modo de llevarla a cabo. Ahora bien, al acto por el cual se realiza la división no puede ser contrario al mantenimiento de la servidumbre (37).

La compraventa suele ser el modo normal de la enajenación del artículo 541 (véase, entre otras, las SS. 14 septiembre 1867, 10 julio 1880, 4 julio 1899, 31 marzo 1902 y 29 mayo 1911), pero también se presentan casos de permuta (véase las SS. 5 mayo 1873, 29 diciembre 1914 y 6 marzo 1920), y no hay motivo para negar la posibilidad de que se presenten también de donación. Por lo demás, tanto la dación en pago como la subasta (voluntaria y legal) constituyen una enajenación o venta del predio y son modos de separación capaces para que la servidumbre se origine por destinación (38).

La división entre los propietarios de la cosa común produce un desgajamiento de las partes que la integran, las cuales se concretan en porciones materiales independientes. Así, la división produce los efectos de la enajenación en cuanto las diversas partes de una cosa vienen a pertenecer exclusivamente a diversos propietarios. Lo confirman concretamente, para la destinación las SS. 7 julio 1883, 6 febrero 1904 y 10 abril 1929.

Existe enajenación en el mismo sentido, según el artículo 541, para los casos de la división judicial si en el acto de la misma no se expresa nada acerca de los signos aparentes existentes en los predios.

La doctrina extranjera también admite como supuestos de separación de la propiedad aplicables a la destinación: la expropiación forzosa, el embargo y la prescripción adquisitiva (39). En

(36) En sentido restrictivo: SÁNCHEZ ROMÁN y SANCHO REBULLIDA, según veremos.

(37) La presunción que resulta del estado de hecho queda, en este caso, destruida por la intención declarada por las partes contratantes, y el fundamento en que descansa la destinación desaparece.

(38) Así, la sentencia de 11 de mayo de 1912 expresa que «sin confundir la cesión pura y simple, legal o judicial, con la cesión en pago, modo este de extinguir las obligaciones y asimilado en sus efectos generales a la compraventa...».

(39) Especialmente: SIMONCELLI, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo delle servitù prediale*, en *Scritti giuridici*, I (Roma, 1938), III: DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon. Traité des servitudes ou services*

cuanto a la expropiación, según COLIN y CAPITANT (40) «hay de particular en este caso el que la separación ha sido impuesta por la voluntad de una de las partes contratantes al expropiante. Por lo tanto, es únicamente la voluntad presunta del expropiante la que debe ser tomada en consideración. De este modo pueden conciliarse las sentencias que excluyen la determinación del padre de familia, en los casos en que el fundo dominante es la parte conservada por el expropiado (v., principalmente, S. 20 enero 1868), con las que admiten, por el contrario, la constitución tácita de la servidumbre en los casos en que es el expropiante quien debe beneficiarse (Tolosa, 21 enero 1897 y S. 10 noviembre 1897)». En general, la doctrina extranjera cree suficiente la expropiación como modo de separación eficaz para la creación de la servidumbre por destinación. Nuestra doctrina, de una manera implícita, reconoce este modo de transmisión de la propiedad como eficaz, al admitir, como quedó dicho, cualquier forma de separación.

La prescripción es otra de las causas por la cual nace la servidumbre en el momento en que los fundos vienen a pertenecer a diferentes propietarios. En las legislaciones extranjeras se admite para algunos casos, siempre que existan los requisitos de apariencia y continuidad. Según el artículo 541 del Código civil, al necesitarse tan sólo el requisito de la apariencia, la prescripción es un modo eficaz para el fenómeno de separación del dominio. La prescripción produce la adquisición del fundo y, por lo tanto, la servidumbre establecida por destinación. Pueden presentarse dos casos: que el fundo usucapido sea sirviente o bien sea dominante. En el primer caso el poseedor la adquiere tal cual la poseyó, *quantum possessum tantum praescriptum*; en el segundo caso, no existe ninguna dificultad para suponer que, si la negligencia del propietario común le ha podido hacer perder la propiedad de una de las fincas, esta misma negligencia puede ser la causa de que el inmueble conservado esté gravado por una servidumbre en provecho del inmueble perdido.

Para estos supuestos de embargo, expropiación y prescripción se puede objetar la falta de carácter voluntario de los mismos. Pero si bien es cierto que son actos imperativos, no deja de haber en ellos acuerdo tácito; la continuidad, la apariencia del

fonciers. XII (París, 1882), 336; FAUGÈRE, *De la destination du Père de Famille* (París, 1912), 31, 45 y 55; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, III, 2.º (Torino, 1929), 273; SCUTO, *Sulla costituzione per fatto dell'uomo di servitù prediali avendí correlazione con le cosiddette servitù legali*, en *Rivista di Diritto privato*, II (1932), 50; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil*, en *Comentário ao Código civil português*, XI (Coimbra, 1937), 663; AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, III (París, 1938), 117; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil*, trad. esp., III (Habana, 1942), 811, núm. 5; DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, VI (Bruxelles, 1942), 523.

(40) COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., II (Madrid, 1923), 1074.

servicio, la falta de una declaración expresa de voluntad en contrario, son otras tantas garantías por las cuales se conoce la actitud hacia aquel servicio establecido.

Nos adherimos a la razón que da Faugère (41) para estos casos: que si bien no depende del dueño común la desposesión de sus bienes sí depende el dejar las cosas o no en el estado del cual resultará la servidumbre. Es más, «la existencia de este acuerdo tácito—dice (pág. 55)—es perfectamente compatible con la forma de la expropiación por causa de utilidad pública». «De otro modo—continúa—la denominación «servidumbres legales» es de las más significativas: la servidumbre, en efecto, se titula legal no a causa de su origen, que es convencional como la sentencia bien dice, más sí por causa de su prueba» (42). Por lo que se refiere a nuestro Derecho positivo, hemos de aplicar igual solución.

€. Actos jurídicos «mortis causa».

Es una opinión general en la doctrina extranjera y en la nuestra, el admitir la partición o adjudicación hereditaria como medio eficaz de transmisión y de separación del dominio para la destinación. No obstante, en nuestra Patria, algún autor ha creído lo contrario, fundándose en una interpretación restrictiva del supuesto del artículo 541, por ser una materia muy delicada la de la presunción de libertad del dominio. Así lo afirman Sánchez Román (43) y Sancho Rebullida (44), especialmente.

Para Sánchez Román, el caso de partición «es cuestionable por tratarse de materia de estricta interpretación, como lo es la de las servidumbres, contraria a la presunción de libertad de la propiedad, y por los términos concretos que en su tenor literal ofrece el artículo 541, y teniendo siempre en cuenta para el caso de adoptarse este criterio extensivo la necesidad de apreciar el mayor o menor valor de las fincas objeto de la partición, según que la existencia de aquel signo aparente de servidumbre que hubiese de considerarse como título para suponerla constituida en lo sucesivo, diera a un predio o a otro el carácter de dominante o de sirviente».

Sancho Rebullida, adhiriéndose a la opinión de De la Ville

(41) FAUGÈRE, *op. cit.*, pág. 54; en contra, CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, página 663.

(42) En análogo sentido opinan PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 811, n. 5. Para ellos «esta solución no contradice en absoluto la idea que hemos admitido, de acuerdo con la cual la destinación del padre de familia se considera como un medio de prueba de la constitución por título de una servidumbre, como resultado de un pacto tácito, adjunto al acto de separación. El embargo, en efecto, continúa siendo propietario hasta la adjudicación; puede modificar el estado de la finca. Pudiera aun hacer una cláusula de reserva en contrario en las condiciones de venta. Si nada hace, es un colaborador voluntario, aunque tácito, en el establecimiento de la servidumbre».

(43) SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 649.

(44) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 37.

(a quien cita), fundamenta la destinación del propietario desde un plano puramente subjetivista y se adentra a investigar el motivo y la causa remota por la cual el propietario establece la relación de hecho entre sus dos fincas. Plantea, concretamente, el supuesto de muerte intestada del propietario de ambos fundos, y la adquisición de cada uno de ellos por distinto heredero. Se pregunta: ¿Es aplicable el artículo 541? Y concluye «que si se opta por una solución afirmativa nos encontraremos con una nueva causa de originación de la servidumbre, la fatalidad, por así decirlo, pues habrá nacido sin que se den aquellas posibilidades de evitarla. La constancia en el título no cabe porque el causante ha muerto sin otorgar tal título (testamento) y al morir sin esta prevención es natural que no haya podido utilizar tampoco la otra de hacer desaparecer el signo aparente de servidumbre». «En el caso de partición por muerte intestada—sigue diciendo (pág. 37)—, el título sería la escritura de partición o el cuaderno particional, pero éste no es el título a que se refiere el artículo 541, porque, ¿quién va a expresar en él su voluntad contraria al nacimiento de la servidumbre? El causante (única voluntad que sería operante), imposible, porque ha muerto; el heredero del presunto predio sirviente, será el interesado en manifestar su voluntad en contrario, pero con la misma razón y derecho, el adquirente del presunto dominante, manifestará en tal título su voluntad favorable a la originación de la carga. ¿El contador partidor? No creemos que entre ésta dentro de sus atribuciones. En cuanto a hacer desaparecer el signo decimos lo mismo». «Y, sin embargo—continúa—, es muy posible que el dueño de ambos predios tuviese intención de hacer desaparecer tal signo, o de otorgar testamento en el que manifestar su voluntad opuesta al nacimiento de la servidumbre. Pero si muere sin haber tomado estas dos prevenciones y entonces, si aplicamos el artículo 541, tenemos a la fatalidad originándola de un modo inexorable e inevitable. En suma—concluye—Sancho Rebullida (pág. 40)—la no inclusión de la partición de herencia por muerte intestada, dentro de los supuestos de aplicabilidad del artículo 541, nos parece una interpretación más a la letra del precepto. Y nos parece, además, una interpretación más justa.»

La tesis expuesta por Sancho Rebullida, según nuestro parecer, es errónea. No cabe plantear el problema tratando exclusivamente de investigar la voluntad psicológica del propietario, de si quiso o no el establecimiento de la servidumbre. Esta investigación no tiene gran interés cuando existen ya los signos aparentes que son prueba de una voluntad manifestada en tal sentido. El artículo 541, al dejar en libertad al propietario para poder hacer desaparecer los signos o manifestar lo contrario, determina un estado de incertidumbre en cuanto a las señales exteriores como reveladoras de una intención afirmativa. Si este es el objeto del artículo, ¿para qué investigar la voluntad si ya viene concluida por el propio artículo cuando se den sus requisitos? Otra cosa es

la necesidad de investigar la certeza y verdad de los signos para llegar al conocimiento exacto de esa voluntad afirmativa, si han sido puestos o ejecutados por el propietario y si su mantenimiento obedece a un motivo pasajero, de mera comodidad o basado en una relación afectiva. Cuestiones remitidas al juzgador, el cual, según las circunstancias (las pruebas en este caso son decisivas), las tratará con la prudencia que el caso requiera. Ahora bien, afirmar que es la fatalidad quien origina la servidumbre y no el pacto tácito de los propietarios en el momento de la enajenación se pone desconocer el juego de la destinación. El propietario al realizar los servicios y establecer en cierto modo el signo aparente de servidumbre lo que hace es crear un estado de hecho. No será su voluntad directa y específica en aquel momento la de establecer una relación jurídica de servidumbre—pues de derecho no la podría imponer contra sí mismo, ya que *nemini res sua servit*—, pero sí la voluntad manifiesta de realizar sobre los predios aquel servicio. Esto, y el uso continuado y permanente del servicio, supone y revela el elemento voluntario e intencional capaz de llevar a cabo la transformación del servicio en servidumbre. En el supuesto de sucesión intestada no es la fatalidad, sino esa misma voluntad la que origina la servidumbre. El *de cuius* pudo o no haber creado la relación entre los fundos y pudo hacerla desaparecer antes de su muerte. Entonces no se daría el supuesto de la destinación. Pero si él la creó y, lo que es más, la mantuvo, ¿qué duda cabe que hemos de inclinarnos a creer su específica intención de mantenerla? Y aun suponiendo que su intención fuese negativa y que por cualquier evento no pudo declararla, ¿qué prueba se puede alegar en contrario ante una realidad positiva y aparente (por lo demás expresiva) y de alcance para terceros? El artículo 541 considera y deduce de los signos aparentes un título voluntario de establecimiento. Investigar otra voluntad en el propietario sería salirse de lo concluyente. Ahora bien, lo que sí es fatal es la muerte de una persona. El momento de la muerte es un hecho incierto e ignorado en la mente del hombre. Hasta entonces el derecho de servidumbre está pendiente del nacimiento y para que surja no basta el solo hecho de la muerte, como cree Sancho Rebullida, sino que es necesario que los herederos no hayan expresado nada en contrario ni hayan hecho desaparecer el signo aparente, es decir, que precisamente hayan guardado silencio en el momento de la partición o adjudicación. Si esto sucede, cualquiera de ellos puede tener por constituida la servidumbre. Ahora bien, si en el momento de la partición alguno se opone o lo afirma de una manera concreta, lo que sucede es que no se dan dado las condiciones que requiere el artículo 541 y, entonces, surgirá una constitución expresa o la inexistencia de la servidumbre voluntariamente pactada por la afirmación o negación manifestadas, pero nunca la destinación. Para el caso de negativa del titular consciente del predio sirviente concluimos, con Oyuelos

Pérez y Martínez Angel (45), que el uso que de las fincas hacía el difunto equivale al título.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también confirma la partición como supuesto de enajenación eficaz para la destinación. La sentencia de 10 de enero de 1883, en uno de sus Considerandos, expresa que «es verdadero pacto no sólo el que se constituye por consentimiento expreso, sino también por el tácito, y éste existió a juicio de la Sala sentenciadora en favor de la servidumbre al partirse la finca en 1825, por estar probado que para el cultivo y disfrute de una de las mitades, era forzoso salir por la otra, y que si se había entendido por los actos posteriores de los interesados hasta 1876, sin que en contra de estas apreciaciones se haya interpuesto infracción de ninguna especie». En igual sentido se expresan las SS. 7 noviembre 1883, 21 octubre 1892, 26 junio 1893 y 5 abril 1906. Concretamente, la sentencia de 17 de noviembre de 1911, dice: «Considerando que, según el espíritu en que se informa el artículo 541 del Código civil, explicado con más desarrollo por la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, cuando la propiedad de un solo dueño pasa, mediante adjudicación hereditaria, a distintas personas, el signo ostensible y permanente de una servidumbre es título característico de su existencia; de suerte que a no haberse alterado o condicionado manera distinta de usarla, allí donde se revele hay que suponer el derecho anterior en ejercicio.» Y en otro Considerando manifiesta la facultad que tienen los herederos de poder alterar (afirmar o negar) el servicio establecido por el *de cuius* en el momento de la partición, al decir: «Porque el pacto décimotercero, hecho en la partición de bienes de D. L. I. y su esposa, patentiza el reconocimiento mas expresivo de mantener su disfrute tal como se ejercía antes y a la sazón de celebrarse este convenio, el cual, por lo mismo que tuvo su origen en la voluntad de los hijos y herederos de aquellos, obliga a éstos a su exacto e ineludible cumplimiento, tanto más cuanto que los dos hermanos litigantes consagraron el respeto a lo convenido desde el momento en que, distribuido ya el caudal hereditario, utilizaron durante la sociedad formada bajo el lema o razón social H. de L. F., las aguas que se litigan...» También confirman este criterio las SS. de 7 de enero de 1920 y la de 4 de julio de 1925, esta última al expresar: «Por quien por sus derechos de causahabiente pudiera ostentar al realizarse la división del dominio respecto al de cada finca; y como en la escritura particional de los bienes relictos y en la que el juez otorgo de oficio, cumpliendo lo que prescribe el párrafo segundo del artículo 1.515 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se omitió hacer declaraciones que contradijeren las servidumbres establecidas por el causante, mediante el título de su voluntad de dueño, sobre la pared divisoria de las dos casas...» Así lo ratifican igualmente las Sentencias de 6 de enero de 1932 y de 3 de marzo de 1942.

(45) OYUELOS PÉREZ Y MARTÍNEZ ANGEL. *op. cit.*, pág. 188.

Creemos que queda así bien patente la aceptación por nuestra jurisprudencia de los supuestos de sucesión hereditaria testada e intestada, como causa de constitución de la servidumbre por signo aparente.

II. EXISTENCIA DE UN ESTADO DE HECHO APARENTE DE ACUERDO CON LA SERVIDUMBRE PRETENDIDA

Otro de los presupuestos fundamentales y necesarios para que surja la constitución de las servidumbres por destinación es la existencia de un estado de hecho aparente que coincida con la servidumbre pretendida. Tal presupuesto esencial viene expresado en el artículo 541 del Código civil por «la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas». La expresión en sí es poco explícita en cuanto a lo que por signo aparente de servidumbre hay que entender, aunque, por otro lado, su formulación es amplia y general, pues alcanza toda la gama de las posibles servidumbres aparentes (continuas y discontinuas)

El signo aparente de servidumbre no es más que un resultado, e' reflejo de un acto fundamental: la destinación. La destinación supone el primer impulso, el acto o serie de actos que realiza el propietario sobre sus bienes asignándoles una función, determinativa de una relación de utilidad o conveniencia; v. gr.: establecer un paso entre sus fincas para abreviar ganado, abrir una ventana entre sus dos casas vecinas, etc. La destinación se engendra mediante una relación de servicio establecido entre dos predios de la misma pertenencia y se concreta plasmándose en los signos que son la expresión más fiel de su ejercicio y actuación. Los signos suponen la apreciación del estado de hecho en que se encuentran los fundos, suponen la actividad del servicio mediante la cual se manifiesta aquella dependencia. La relación de servicio que se establece por la destinación no supone un acto de gestión interna, ya que no se reduce a los actos que realiza cualquier individuo, sino a aquel acto o actos del propietario de dos fundos que establece un estado de cosas, el cual constituiría una servidumbre si perteneciese a dos propietarios diferentes. Es decir, que la relación de servicio entablada ha de ser de idéntico contenido que la de un derecho de servidumbre. De aquí la importancia y alcance que adquiere el signo como expresión de esa relación de servicio en ciertos estados de hecho mantenidos por el propietario, equivalentes a una intencionalidad manifiesta del mismo y que el Derecho no se olvida de tomar en consideración dentro del orden de ciertas relaciones y situaciones, especialmente la categoría de las aparentes, que engendran una creencia de buena fe respecto de las cosas y su posesión en el tráfico jurídico (46). El signo apa-

(46) Sobre la importancia y la eficacia de la apariencia jurídica véase:

rente de servidumbre, con arreglo al derecho de servidumbre propiamente dicho, juega el mismo papel que la posesión respecto del derecho de propiedad. El signo aparente presupone la servidumbre pretendida. De ahí que el legislador equipare el signo aparente al título en el artículo 541.

Donde se aprecia la importancia y la fuerza del estado de servicio revelado por los signos es en el terreno registral. Podemos comprobar cómo allí no es necesaria su inscripción, porque los mismos signos tienen fuerza de tal (artículos 13 y 34 de la Ley Hipotecaria). Nuestra jurisprudencia en este sentido es clara y determinante. La sentencia de 17 de noviembre de 1911 dice: «La existencia de signos ostensibles e indubitados, de los cuales no puede dudarse, aunque no estén especialmente inscritos en el Registro, porque en tal caso, y siendo manifiesto y no oculto el gravamen, falta por entero la razón en que los indicados preceptos legales se fundan». En el mismo sentido se expresa la sentencia de 31 de marzo de 1902, que dice en uno de sus considerandos. «Si bien es cierto que por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria (artículo 20 de la actual), los títulos en que se constituyan o reconozcan derechos reales como el de servidumbre, no hallándose inscritos en el Registro, no pueden perjudicar a tercero, carece de la calidad de tal, como repetidamente ha declarado el Tribunal Supremo, quien, si bien no intervino en el acto o contrato escrito, tuvo conocimiento al adquirir la finca de las servidumbres, que por ser aparentes o revelarse por signos exteriores, como la de luces y vistas, no pudieron ser desconocidas por el adquirente, pues en tal caso no siendo oculto el gravamen, falta como base de aplicación de aquel artículo uno de los objetivos principales de la Ley Hipotecaria, cual es la publicidad de las cargas que afectan a la propiedad inmueble». El principio viene confirmado en las SS. 13 junio 1885, 31 mayo 1892, 5 abril 1898, 31 marzo 1902, 13 mayo 1903, 12 octubre 1904, 7 noviembre 1911 y 11 mayo 1927. La Sala de la Audiencia territorial de Valencia, en sentencia de 14 de marzo de 1946, confirma y aplica el mismo criterio del Tribunal Supremo acerca de la eficacia que tiene el signo aparente, al declarar que «dadas las características del hecho de los signos manifiestos en que la parte actora basa la existencia de las servidumbres objeto de este pleito, es indudable que en su caso han

STOLFI. *L'apparenza del diritto*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, III, 4.º (1934), 441; SOTGIA, *Ancora in tema d'apparenza del diritto*, en *Rivista di Diritto privato* (1936), 126; VERGA, *Osservazioni in tema di apparenza*, en *Rivista di Diritto privato* (1940), 193; BERGAMO LLABRÉS, *La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español*, en *Curso de Conferencias en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia* (1945), 241; BARBIER, *L'apparence en droit civil et droit fiscal* (Paris, 1945); CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato. Parte generale* (Torino, 1947); JACQUES LEAUTE, *Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence*, en *Revue trimestrielle de Droit civil* (1947), 288; MENGONI, *L'acquisto "a non domino"* (Milano, 1949), 109. Por lo que se refiere a la destinación, véase BARASSI, *I diritti reali limitati* (Milano, 1947), 263.

de catalogarse como servidumbres continuas y aparentes". Cita también en su apoyo la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1925.

La importancia del signo la vemos igualmente recogida en el Código civil, además del artículo 541 y 532, en los artículos 527 y 574 respecto de la servidumbre de medianería, donde «se presume, mientras no haya título o signo exterior o prueba en contrario».

Los supuestos que comprende el artículo 541 en cuanto al signo de servidumbre, se limitan a aquellos servicios exteriorizados y aparentes. El artículo 541 no alcanza otras categorías. Los servicios no aparentes quedan excluidos por falta de exteriorización. Tal exteriorización es constitutiva de la prueba de su existencia teniendo en cuenta, además, los intereses de los terceros y el crédito fundiario (47). Que el signo aparente es el título voluntario que sirve para la adquisición no sólo de las servidumbres continuas, sino también de las discontinuas, lo confirma la sentencia de 7 de enero de 1920, al decir: «Que tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo que las servidumbres discontinuas se ganan por el uso, sirviéndoles de título sus signos aparentes, y que dividida una finca entre varios, no estipulándose nada en contrario, se entienden subsistentes las servidumbres establecidas antes y necesarias para su disfrute, siendo el signo aparente de ellas un título para que continúen».

Al hablar el artículo 541 de «la existencia de un signo aparente», se refiere a las posibles servidumbres aparentes que se pueden construir, pero como no es más expresivo, sólo a esta categoría se limita. Según Mucius Scaevola (48) «todas las servidumbres positivas de interés privado, aquellas a las cuales puede aplicarse la doctrina, porque el signo es expresión de un uso y éste supone siempre algo positivo, son aparentes en el sentido que expusimos en el comentario del artículo 532, en el que reúnen por lo menos en algún caso, la cualidad de la apariencia». Para este autor, entre las servidumbres aparentes, las de estribo, presa y acueducto son aparentes: las de saca de agua y abrevadero (admitiendo que sean servidumbres), cuando existan obras adecuadas a estos aprovechamientos (pozo, fuente, estanque); la de paso, si se manifiesta por un camino o vía; respecto de la medianería, precisa-

(47) Aunque una servidumbre sea subterránea, puede presentar señales exteriores, que obliguen a respetarla. En este sentido véase la sentencia de 20 diciembre de 1914. Por exclusión, véase también el art. 561 del Código civil y las SS. 4 julio 1899, 6 marzo 1920, 4 julio 1925, 6 enero 1932 y 3 marzo 1942. Cfr. BORRELL, *op. cit.*, pág. 197.

(48) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 275. También el art. 1.523 del Código civil, con criterio ejemplificativo, señala como servidumbres aparentes «los arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes». Según el Tribunal Supremo, por exclusión, no es servidumbre el sendero entre dos fincas que sólo sirve para el cultivo de la finca que se intenta retraer y no es paso para una tercera finca (S. 21 mayo 1902); ni los muros, cercas o árboles que dividen las heredades (S. 23 febrero 1899).

mente hay servidumbre cuando hay signo exterior; las de luces y vistas, son aparentes, y la de desagüe en general lo es, y decimos en general porque en algunos casos puede no serlo.

Aunque el artículo 541 comprende solamente las posibles servidumbres aparentes (continuas y discontinuas), en cierta clase de servidumbres negativas y no aparentes, existe cierta posibilidad de su adquisición mediante la destinación, tal como en la *servitus altius non tollendi* o *aedificandi*. En la práctica puede darse el caso en que la servidumbre venga indicada por una ventana u otro signo existente sobre el fundo vecino. En tal supuesto no tenemos más que una servidumbre de vista que se puede adquirir sin ninguna dificultad por destinación (49).

III. ESTABLECIMIENTO DEL ESTADO DE HECHO POR EL PROPIETARIO DE AMBOS PREDIOS

Al ser un requisito fundamental del artículo 541 que los signos aparentes sean establecidos por el propietario (50), se hace necesario investigar quiénes tienen esta titularidad para realizar una válida constitución de las servidumbres por destinación.

Podemos considerar la eficacia del acto de destinación según los tres siguientes grupos de titulares destinantes:

A) Los que tienen un título perfecto de propiedad (el propietario, el nudo propietario y el copropietario).

B) Los que tienen un título de dominio o propiedad temporal (el enfiteuta, el superficiario, el fiduciario, el propietario sometido a condición resolutoria, el propietario con pacto de retroventa, el propietario con derecho revocable y el propietario con hipoteca sobre sus inmuebles).

C) Aquellos que poseen otra titularidad (el representante, el usufructuario, el arrendatario y el detentador).

A) *Primer grupo:*

7. La destinación del propietario.

La regla general requiere, como condición fundamental, que la relación de servicio haya sido establecida por el propietario de ambos predios, o sea, por quien tiene la libre disposición de

(49) Así lo entienden AUBRY y RAU, *op. cit.*, pág. 123, y BARASSI, *op. cit.*, página 264, n. 134.

(50) Tanto la doctrina como el Tribunal Supremo lo establecen igualmente. Cfr. MANRESA, *op. cit.*, pág. 586; MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 280; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 649; DE BUEN, *op. cit.*, pág. 640; BONET RAMÓN, *op. cit.*, pág. 412; CASTÁN, *op. cit.*, pág. 503; PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 395. Véase las SS. 27 mayo 1899 y 23 noviembre 1917. Esta última dice: «Considerando que son improcedentes... porque faltaría el elemento esencial de pertenecer en propiedad ambas fincas a un mismo dueño, circunstancia precisa de donde ha de derivarse la existencia o negación de la servidumbre al otorgarse el oportuno título de la enajenación del inmueble».

los mismos. No obstante, debemos dejar sentado para todos los casos que examinamos que la eficacia del estado de hecho establecido por quien no es propietario puede tener valor si el propietario reconoce tácitamente aquella relación o da su aquiescencia expresamente. Dada la especial manera de originación tácita, cabe que la iniciativa del servicio sea establecida por quien no siendo propietario tenga, no obstante, la gestión de los fundos. En tal caso es suficiente que el propietario hubiese «dejado» (51) las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre. De aquí que la doctrina, al interpretar el artículo 541, donde se impone que el establecimiento del signo ha de ser efectuado por el propietario de los fundos, se refiere no sólo a la «creación», sino a la «conservación» del mismo. Así Manresa (52), de acuerdo con esta interpretación extensiva, no considera como esencial el requisito del establecimiento del estado de hecho por el único propietario. Para él, «en muchos casos, el signo representativo del servicio habrá sido establecido por el último propietario o por uno anterior, para el mejor disfrute de sus fincas; pero en otros muchos el signo existiría ya con anterioridad a la consolidación y representaría una verdadera servidumbre, que por la consolidación, y con arreglo al número 1.º del artículo 546, dejó de existir». Cree que es indiferente que el signo fuese establecido por el último propietario o por uno de los propietarios anteriores, siempre que lo fuese durante la fusión de los predios. «Pero si se trata—dice (página 586)—de un signo aparente de servidumbre conservado por el dueño que adquiere dos fincas entre las que existía servidumbre; ¿podemos afirmar con arreglo a nuestra legislación que al separarse de nuevo las fincas reaparece la servidumbre, o se considera el signo como título de ella? Mucho respeto nos merece la letra de la ley, pero creemos que no hay más remedio que entenderlo así, ya porque como hemos dicho, no consideramos este requisito como esencial en el supuesto del artículo; ya porque donde existe la misma razón debe aplicarse la misma regla de derecho; ya porque el artículo no habla de reaparición de la servidumbre, sino de título para su establecimiento, lo cual no se opone a su anterior extinción; ya, en fin, porque la consolidación extingue la servidumbre y si el propietario común de los predios, lejos de destruir o hacer desaparecer el signo, lo conserva, en cierto modo puede decirse que lo establece, porque sólo de su voluntad depende que siga existiendo tanto el signo como el servicio o la servidumbre que representa, y así, al conservar el signo, crea o da nueva vida a lo que la ley declaró muerto o extinguido. No parece propia—concluye—en el espíritu del artículo una investigación acerca de quién y en qué condiciones estableció el signo.»

También discurre sobre este presupuesto necesario de la des-

(51) En el mismo sentido viene confirmado por BARASSI. *op. cit.*, pág. 261., según el art. 1.062 del nuevo Código civil italiano.

(52) MANRESA. *op. cit.*, pág. 585.

tinación (de que el estado de hecho sea establecido por el propietario de ambos predios) Navarro Amandi (53), el cual recoge las opiniones de la doctrina francesa y las aplica al artículo 541, especialmente las expuestas por Demante, Ducarroy, Bonnier y Demolombe, así como la opinión de la jurisprudencia belga, según la cual, ora existiera la servidumbre antes de la confusión, ora el servicio se estableciera por el propietario de ambas fincas, nace una servidumbre si al tiempo de hacer la enajenación existe un signo aparente de servicio. La solución que adopta Navarro Amandi tiene un peligro en cuanto da vigencia solamente a la relación de servicio exteriorizada por el signo. Es una posición objetivista la que él defiende, que no tiene en cuenta la consideración subjetiva de la persona que establece los signos o el reconocimiento posterior del propietario. Tal interpretación olvida que si el signo tiene una fuerza tan poderosa, ello es debido, precisamente, a un reflejo del derecho de dominio, a la facultad de disposición que el propietario posee sobre sus bienes y que la exterioriza mediante la destinación o vinculación de un fondo al servicio de otro por una utilidad que se prestan. No quiere decir que exista un acto formal inicial de destinación, sino que el propietario en el diario aprovechamiento de los fundos perpetúa una forma sobre los mismos.

Según Zapulli (54) y Bonet Ramón (55), es necesaria aquí una investigación acerca de la voluntad del propietario respecto de la intención más o menos directa que tenía para establecer una servidumbre en el momento de entablar la relación de servicio entre los fundos (56). Creemos que hay que apreciar, fundamentalmente, el estado de hecho o signo aparente para deducir una voluntad afirmativa o negativa en este sentido, ya que la ficción del artículo 541, en este caso, es absoluta (el signo equivale al título), pues otra declaración de voluntad que no fuese una posición neutra (de silencio) como la que exige el artículo, originaría la servidumbre expresamente, lo cual implicaría una constitución por modo distinto al de este artículo.

La investigación que requiere el artículo 541 es la de probar que el signo aparente fué puesto o reconocido por el propietario. En la destinación, las dos facetas, objetiva y subjetiva, son complementarias y fundamentales. Como dice Ricci (57), «el propietario debe haber puesto o dejado las cosas en el estado del

(53) NAVARRO AMANDI, *op. cit.*, pág. 86.

(54) ZAPPULLI, *Servitù*, en *Nuovo Digesto italiano*, XII, 115.

(55) BONET RAMÓN, *op. cit.*, pág. 409.

(56) CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, pág. 663, dice que el propietario de un predio o de dos fracciones de un predio no tiene que declarar, al tiempo de construir las obras mediante las señales aparentes y permanentes, que su intención es establecer una futura servidumbre. Esa intención resulta del simple hecho de tener una relación permanente de utilidad de un predio para otro.

(57) RICCI, *Derecho civil teórico y práctico*, trad. esp., VI (Madrid, s. fecha), 333.

cual resulta la servidumbre; así, pues, es necesario el hecho material del propietario para que haya el destino del padre de familia, no bastando, al efecto, la simple intención». Y más adelante concluye que «para hacer patente el destino del padre de familia es necesario demostrar, en primer lugar, que los predios pertenecían a un mismo propietario, y en segundo lugar, que éste puso y dejó las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre».

Ahora bien, el acto de destinación es fundamental. La destinación (en su sentido estricto) supone un acto o conjunto de actos con alcance jurídico. Es un acto voluntario, unilateral, que realiza el propietario sobre sus bienes asignándoles una determinada función y cometido. Al ser una facultad que mana de un derecho de dominio, sólo el propietario puede establecer servicios que engendren servidumbre mediante destinación. Presupone en el destinante la disponibilidad de las cosas. En ella se da la *scientia* y *patientia*, es decir, un cierto conocimiento de la relación que establece y una intención de mantener aquella relación de las fincas con cierta perpetuidad. El establecimiento de un estado de hecho que el propietario hace no es cualquier relación accidental mantenida por él, sino una relación estable de vinculación entre los predios.

El nudo propietario por su lado también puede originar la destinación siempre que con sus actos y disposiciones no dañe al titular del dominio útil. Concretamente, para que el nudo propietario establezca servidumbre sobre unos inmuebles en que otro tenga el usufructo, el artículo 595 manifiesta que «el que tenga la propiedad de una finca, cuyo usufructo pertenezca a otro, podrá imponer sobre ella, sin consentimiento del usufructuario, las servidumbres que no perjudiquen el derecho de usufructo».

En el caso de los derechos de superficie y enfiteusis, la facultad de gravar con servidumbre voluntaria perpetua el dominio útil, queda sujeta a que ambos dueños presten su consentimiento (art. 596), según veremos. Y en este caso hay el consentimiento tácito que requiere el artículo 541 cuando ambos dueños no digan nada acerca del signo establecido o no lo hagan desaparecer en el momento de la enajenación. De este modo, los actos del nudo propietario tienen eficacia para que surja la servidumbre pretendida.

En este primer grupo también debemos examinar la eficacia del estado de hecho creado por el copropietario durante la división.

Según nuestro Derecho positivo, dentro del régimen jurídico de la comunidad, ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos (art. 397) (58). Y, concretamente, en el caso de imposición de servidumbre por un

(58) V. S. 26 octubre 1929.

copropietario, el artículo 597 dice que «para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso, se necesita el consentimiento de todos los copropietarios. La concesión hecha por algunos quedará en suspenso hasta que la otorgue el último de todos los copropietarios. Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular a no impedir el ejercicio del derecho concedido» (59).

Es lógico que la servidumbre no pueda nacer de los actos unilaterales de un solo copropietario, dado el carácter indivisible de la servidumbre y del régimen comunitario (especialmente el *usus*) (art. 394). La relación de copropiedad indivisa, además, no hace posible una determinación cierta del lugar en el cual la servidumbre necesariamente ha de asentarse. El dominio de cada partícipe se extiende indeterminadamente sobre todas las partículas materiales de los fundos antes de efectuarse la división.

Tampoco tienen eficacia los actos realizados por un copropietario en favor de su finca exclusiva frente a aquella de la que es condómino, al enajenar posteriormente aquella finca. No adquiere la categoría de servidumbre la relación de hecho entablada si no hubo la aquiescencia de la mayoría o de los demás copropietarios, pues los actos ejecutados por los que componen la mayoría son obligatorios para los demás condueños y válidos y eficaces respecto al tercero interesado (60).

La servidumbre subsiste en supuesto de copropiedad, si el concedente viene a ser propietario de todo el fundo común. Igualmente sucedería si al realizar la división le tocase la parte gravada con el servicio por él establecido. Distinta sería la solución para la hipótesis inversa cuando no se trata de imponer, sino de adquirir una servidumbre en favor del fundo común. Así, por ejemplo, cuando yo, copropietario de una casa, abro una ventana sobre un huerto contiguo mío, y, posteriormente, enajeno el huerto sin decir nada; entonces se constituye la servidumbre de luces y vistas a favor de la casa.

El Tribunal Supremo también aplica la destinación al régimen de copropiedad. En este sentido, la sentencia de 7 de junio de 1883 reconoció la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas en unas fincas que poseyeron los cartujos cruzadas por distintos caminos, toda vez que, enajenado por el Estado el dominio de las mismas y adquirido por una sociedad continuó ésta en el uso y aprovechamiento de tales caminos, ya que, cuando procedieron los socios comuneros a la división, sorteo y adjudicación entre ellos de los diversos lotes que habían compuesto la finca social,

(59) Según BONET RAMÓN, *op. cit.*, pág. 409.

(60) V. S. 30 junio 1897.

lo mismo que al escriturarse los actos realizados, nada se declaró ni estipuló en contra de la existencia y provecho de aquellos mismos caminos. Con el mismo criterio dictó las SS. de 6 de febrero de 1904 y 10 de abril de 1912, ya citadas anteriormente.

B) *Segundo grupo:*

8. *Eficacia de los actos de un enfiteuta y de un superficiario.*

El problema de la eficacia de los actos del enfiteuta viene resuelto según la consideración que se le atribuya, ya como simple poseedor o ya como verdadero propietario.

Tres posiciones podemos observar en la doctrina (61): 1.ª La de los que entienden que el enfiteuta tiene facultades dominicales absolutas y, por tanto, como deducción consecuente, el enfiteuta tiene la posibilidad de imponer derechos reales limitativos (Windscheid (62), Ricci (63), Cerchi (64) y Scuto (65); en nuestra doctrina, Sánchez de Molina (66) y Gómez de la Serna y Montalván (67). 2.ª La de los que creen que el enfiteuta tiene facultades dominicales relativas debido a la escisión del dominio y que, según el derecho de enfiteusis sea temporal o perpetuo, resulta condicionado o no a la extinción de la enfiteusis (Simoncelli (68), Pacifici-Mazzoni (69), Luzzato (70) y, en nuestra doctrina, Gregorio López (71). 3.ª La de los que opinan que se trata de un derecho personal, de un fenómeno de disfrute de la cosa de otro y que la imposición de otros derechos reales limitativos excede de sus facultades (Demolombe (72), Mirabelli (73), Giorgianni (74) y Barassi (75).

Nuestro Código civil, como sabemos, establece, en el artículo 596, que «cuando pertenezca a una persona el dominio directo

(61) Sobre la naturaleza jurídica de la enfiteusis véase CASTÁN, *op. cit.*

(62) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II (Torino, 1902), 289.

(63) RICCI, *op. cit.*, pág. 33.

(64) Cfr. CERCHI, *Natura giuridica dell'enfiteusi*, en *Rivista di Diritto civile* (1933), 23.

(65) Cfr. SCUTO, *Natura dei diritti dell'enfiteuta e del concedente sul fondo enfiteutico* (Napoli, 1938), 25.

(66) SÁNCHEZ DE MOLINA, *op. cit.*, pág. 139.

(67) GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALVÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, I (Madrid, 1886), 646.

(68) SIMONCELLI, *op. cit.*, pág. 103.

(69) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, pág. 275.

(70) LUZZATTO, *Corso sui diritti reali*, I (Ferrara, 1922), 34.

(71) GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALVÁN, *op. cit.*, pág. 646, n. 1.

(72) Según DEMOLOMBE, *op. cit.*, pág. 229, «el enfiteuta durante enphyteusi, dice también CAEPOLLA (núm. 2), las servidumbres concedidas por él no serán opuestas al propietario, después de la expiración de la enfiteusis».

(73) MIRABELLI, *Del diritto dei terzi*, I, 505, cit. por GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui* (Milano, 1940), 45.

(74) GIORGIANNI, *op. cit.*, pág. 45.

(75) BARASSI, *op. cit.*, pág. 261.

de una finca y a otra el dominio útil, no podrá establecerse sobre ella servidumbre voluntaria *perpetua* sin el consentimiento de ambos dueños». Según podemos observar, el artículo se refiere concretamente a la constitución de las servidumbres voluntarias perpetuas. Pero al recoger el Código civil la doctrina tradicional de descomposición dominical, desarrollada por el Derecho intermedio, que ve en la enfiteusis un estado de división de dominio, atribuyendo al censalista un *dominium directum* y al enfiteuta un *dominium utile* (reconocido en el art. 1.633), es posible la imposición de servidumbres temporales—confróntese para la extinción de tales servidumbres el art. 546, núm. 4—que se extinguen al desaparecer la división del dominio. Tan sólo esta facultad tiene una excepción en el artículo 1.634 cuando la pensión consista en una parte alicuota de los frutos de la finca enfiteútica; entonces no podrá imponerse servidumbre ni otra carga que disminuya los productos sin consentimiento expreso del dueño directo. Este mismo artículo nos demuestra *a sensu contrario* la posibilidad de la constitución de servidumbres temporales por parte del enfiteuta, fuera de ese caso especial.

Debido a la consideración que atribuimos al artículo 541, de modo voluntario de constitución de las servidumbres y al requisito fundamental, de que la servidumbre sea establecida por el "propietario", se plantea ahora el saber, a la luz de nuestro Derecho positivo, si el enfiteuta, como titular de un dominio útil, es un verdadero propietario y si tiene aptitud para constituir las servidumbres por destinación. Aunque en sentido estricto no pueda llamarse "propietario" al enfiteuta, el dominio útil que se le reconoce equivale a una propiedad, si bien relativamente temporal, por lo que las servidumbres por él constituidas, sin el consentimiento del verdadero dueño, han de resultar temporales también. Observamos, pues, que el enfiteuta, si bien tiene el dominio útil que abarca un cúmulo mayor de posibilidades que las de otros derechos reales limitativos, carece de las demás facultades que el propietario tiene mediante el dominio directo. Ahora bien, si el propietario conocía las servidumbres impuestas por el enfiteuta y no las destruye o niega, en virtud de la originación tácita, las servidumbres perduran y la destinación opera sus efectos definitivamente. Tan sólo por este medio, los actos del enfiteuta son aptos para la constitución de una servidumbre voluntaria perpetua; si no, es necesario el consentimiento del propietario directo, según vimos, para su constitución. Con lo cual, ya no supondría una constitución por destinación, sino mediante un modo expreso.

En cuanto al derecho de superficie, la doctrina que acepta el Código civil (art. 1.611) es la misma que para el derecho de enfiteusis: la de que existe un dominio dividido, donde corresponde al superficiario un dominio útil. El superficiario no viene a ser más que un titular de un derecho de dominio útil que mediante un pacto se le favorece para que no tenga lugar el principio de

accesión (por el cual *superficies solo cedit*) (art. 358) y se paraliza la acción reivindicatoria con objeto de que pueda disfrutar de su derecho.

La doctrina moderna (76) amplía las facultades dominicales del superficiario hasta constituirlo en propietario del edificio levantado en suelo ajeno, reconociendo el dominio directo, en algunos casos, con el pago de un canon.

Si la sentencia de 27 de mayo de 1899 no dió validez a los actos de un superficiario fué porque faltó, como claramente comprueba, el requisito de pertenecer ambos fundos al mismo propietario. Por lo demás, los actos del superficiario son aptos para la constitución de la servidumbre por destinación.

9. Eficacia de los actos de un fiduciario.

Cuando en virtud de un negocio fiduciario una persona transmite a otra el dominio de unos inmuebles, se presenta el caso de saber si las relaciones de hecho o servicios creados por el fiduciario en los inmuebles del fiduciante, una vez enajenados, tienen eficacia para constituir una servidumbre por destinación.

Como en toda cuestión doctrinal, el problema ha de resolverse según el punto de partida y las hipótesis aceptadas. Aquí el «caballo de batalla» está en la consideración que se le ha de dar al fiduciario: si es o no un verdadero propietario.

Para nosotros, el fiduciario es un verdadero propietario. El adquiere la titularidad de un derecho, una relación de dominio, si bien determinada, condicionada por ciertas obligaciones, a no usarla sino para ciertos fines, y a que su derecho quede limitado o ineficaz frente a determinada persona (el fiduciante). Con Enneccerus (77) tenemos que decir que si el fiduciario debe convertirse en propietario de la cosa transmitida, desde el punto de vista económico debe, no obstante, conducirse meramente como un administrador, un acreedor pignoraticio, un mandatario, etc., esto es, debe tener la cosa en los términos de «confianza» en él depositada. Ahora bien, creemos con Wolff (78) que la transmisión fiduciaria origina una propiedad relativa. El fiduciario es propietario frente a todos, en las relaciones exteriores; en la relación interna, con arreglo al propósito de las partes, la propiedad es del fiduciante (79). Por lo tanto, el fiduciario es un

(76) JERÓNIMO GONZÁLEZ, *El derecho real de superficie*, ahora en *Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil*, II (Madrid, 1948), 223; DALMASES, *El usufructo de derechos (inclusive de títulos valores)* (Madrid, 1932), 145; FUENMAYOR, *La revocación de la propiedad* (Madrid, 1941), 71; PUIG PEÑA, *op. cit.*, I-III, 477.

(77) ENNECERUS, *op. cit.*, I-2.º, 81.

(78) WOLFF, *op. cit.*, pág. 82, n. 14, a.

(79) OERTMANN, *Introducción al Derecho civil*, trad. esp. (Barcelona, 1933), 235. Para la doctrina germánica, véase la literatura recogida por SIEBERT, *Das rechtsgeschäftliche Treuhänderverhältnis*, Marburg, 1933. En la doctrina italiana:

propietario. Pero si rebasara los poderes conferidos (en nuestro caso supondría el establecimiento de servicios inmobiliarios con alcance jurídico posterior, al convertirse en servidumbres) abusando en la confianza en él depositada, la transmisión ulterior de estos derechos es válida plenamente a pesar de todo, como cree Enneccerus (pág. 82). Dice este autor que la estipulación de que frente al fiduciante el fiduciario no deba ser considerado como propietario, acreedor, etc., sólo surte efecto obligatorio y, en consecuencia, la violación de este deber sólo determina un deber de indemnizar.

Por lo que respecta a nuestro Derecho positivo, el problema se halla en la más oscura sombra. Como dicen Pérez González y Alguer (80), sólo cabe invocar la amplitud del margen de libertad de contratación que establece el artículo 1.255 para reconocer la validez de los negocios fiduciarios (81).

En cuanto a la destinación, una vez admitido al fiduciario como verdadero propietario frente a terceros (único requisito requerido por el artículo 541 que podría faltar aquí), tenemos que concluir la eficacia de la destinación por él efectuada. No se daría si uno de los fondos otorgados fiduciariamente recayese de nuevo en el fiduciante. Entonces, estaríamos ante el desarrollo normal del negocio fiduciario y sería inoperante frente a él. Sin embargo, frente a terceros tiene plena validez y, tan sólo, como consecuencia, el fiduciario tendría para con el fiduciante la obligación de indemnizar, derivada de la naturaleza obligatoria de su derecho.

10. Eficacia de los actos de un propietario sometido a condición resolutoria.

El problema que se plantea, respecto de la destinación, es el de saber si *pendente condicione* el titular de un derecho de propiedad con condición resolutoria tiene o no un verdadero derecho de propiedad para concluir la eficacia del signo aparente por él establecido.

adquiere un gran desarrollo: ALESSANDRO BERTINI, *I negozi fiduciari di perfezione dell'adempimento*, Milano, 1940; MESSINA, *Negoci fiduciari*, en *Scritti giuridici*, Milano, 1948. Nuestra doctrina trata de imponerlo: HERNÁNDEZ GIL, *Comentarios a la Sentencia de 10 de marzo de 1944 en Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, IX (1945), 690; BONET RAMÓN, *Algunas figuras afines al contrato de mandato*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XVI (1948), 652; ORTEGA PARDO, *Donaciones indirectas*, en *Anuario de Derecho civil*, II-3.º (1949), 919; NAVARRO MARTORELL, *Aislamiento de los negocios fiduciarios*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XIX (1950), 427, y *Notas sobre el concepto y la estructura de los negocios fiduciarios*, en *Revista de Derecho privado* (1950), 225.

(80) ENNECCERUS, *op. cit.*, pág. 89.

(81) La jurisprudencia del Tribunal Supremo distingue el negocio fiduciario de los simulados absoluta y relativamente. Trata del problema de su validez la Sentencia de 28 enero 1946.

A dos hipótesis se concreta, fundamentalmente, la cuestión de la validez de los actos del propietario: 1.º Cuando el adquirente con condición resolutoria enajena a terceros con anterioridad al cumplimiento de la condición; 2.º Cuando, posteriormente, una vez cumplida la condición y devuelta la propiedad al enajenante, sin mediar pacto expreso, pasado algún tiempo pretende negar la validez de los actos y servicios establecidos *pendente conditione*.

Al sancionar nuestro Código civil la necesidad de la tradición, además del consentimiento, para la adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales (arts. 609, 1.095 y 1.473), no podemos admitir los efectos revocatorios reales de una condición resolutoria, ya que, cumplida ésta, la propiedad no vuelve al enajenante por el mero consentimiento, sino que es necesario la entrega del adquirente. Esto quiere decir que la condición resolutoria, como pacto añadido al contrato, solamente impone el deber de devolver la propiedad; pero, si el adquirente, violando el pacto, no quiere devolverla, tan sólo estará sujeto a una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento, pero nunca se operará una transmisión de propiedad que no existirá sin la entrega. De aquí la naturaleza obligacional y no real de la condición resolutoria (82).

Tenemos que afirmar que el propietario sometido a condición resolutoria es un verdadero propietario, aunque una vez cumplida la condición y entregada la cosa la haya disfrutado temporalmente (83). Por eso, los actos realizados por el propietario son plenamente válidos para la destinación. Es más, nuestro Código civil al sancionar los efectos retroactivos lo hace restringidamente (84). Así, el artículo 1.123, que se refiere concretamente a la resolución de las obligaciones de dar, establece que entre las partes «deberán restituirse lo que hubiesen percibido»; aunque la expresión parece referirse a los frutos, hay que incluir la cosa, ya que el cumplimiento debe extenderse también a la devolución de la cosa misma.

Ahora bien, en cuanto a terceros, al establecerse analogía en-

(82) En el Derecho positivo francés (art. 1.138 del *Code civil*), donde el simple consentimiento es suficiente para la transmisión de la propiedad, la condición resolutoria opera con eficacia real: al cumplirse la condición se resuelve el derecho de propiedad del adquirente y sin más se considera retransmitida la propiedad. Aquí el efecto retroactivo es pleno, salvo los efectos registrales. Por lo tanto, los autores se pronuncian en contra de la destinación efectuada por el propietario sometido a condición resolutoria. Cfr. PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 810, y BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de Droit civil* 3, VI (Paris, 1905), 846.

(83) Que se haya disfrutado temporalmente no quiere decir que se haya tenido un derecho de propiedad temporal. La incertidumbre de la condición y su incumplimiento demuestran cómo la propiedad surgió con todas sus características y efectos.

(84) Véase FEDERICO DE CASTRO, *Derecho civil de España* 2, I (Madrid, 1950), 614.

tre el artículo 1.124—que con el 1.123 se refiere a la condición resolutoria—y lo dispuesto en los artículos 1.295 y 1.298 (donde se distingue la adquisición de buena o mala fe de los terceros adquirentes), podría aplicarse igualmente al 1.123. Pero nos parece forzado someter a tal analogía el 1.123, ya que el 1.124 y los artículos 1.295 y 1.298 tienen de común en este caso la lesión y el incumplimiento. Lesión e incumplimiento que no existen en el 1.123, pues el conocimiento de la condición no puede tomarse como tal. Por lo tanto, se reduce a lo que manifiesta el número 2 del artículo 1.123, según el cual, «en el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa, se aplicarán al que deba hacer la restitución las disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente»: y en ellas (art. 1.122, núm. 4) se establece la indemnización de daños y perjuicios a que vendrá obligado por el deterioro (en este caso la servidumbre) sufrido.

Igual trato se dará a las disposiciones testamentarias condicionales, según expresa el artículo 791. Tampoco puede dudarse de la naturaleza de propietario del titular comprador que se compromete a volver a vender, en determinadas circunstancias, la cosa comprada al vendedor mediante el *pactum de retrovendendo*. En el artículo 1.511 puede verse cómo el dominio se transmite al comprador con una expresión rotunda al decir que «el comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones». Estaremos ante un dominio revocable (como se deduce, *a sensu contrario*, del art. 1.509), pero un dominio suficiente, según vimos anteriormente. A este respecto, el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de diciembre de 1925, manifiesta que «en la venta con pacto de retro se transmite el dominio desde que la venta se consuma con la entrega de la cosa». Igualmente se sostiene esta doctrina en la de 1 de febrero de 1946, donde se dice que «es doctrina legal cierta que el comprador con pacto de retroventa adquiere la propiedad de la cosa vendida sin que al vendedor quede otro derecho que el de retraerle».

Se confirma, una vez más, la naturaleza obligacional de los pactos que condicionan una relación de dominio. Con lo cual hay que concluir la posibilidad de la constitución tácita de las servidumbres al existir signos aparentes procedentes de una destinación del propietario de dos inmuebles, si en el momento de la enajenación o en la escritura no se hacen desaparecer los signos o se declara lo contrario.

1. *Eficacia de los actos de un propietario con derecho revocable (donación revocable y disposiciones testamentarias inoficiosas).*

Ante estos supuestos, como en los anteriores, estamos frente a una transmisión de propiedad que es ejercida temporalmente. Se observa, igualmente, el carácter personal, meramente obli-

gatorio de la revocación (85). Por ella nace para el donatario la obligación de restituir según se expresa para los casos de revocación por supervivencia de hijos (art. 645), incumplimiento de condiciones (art. 647) (86), ingratitud (art. 648) y reducción ineficaz (art. 651), teniendo en cuenta, además, los principios registrales sobre las cargas. A este respecto, el artículo 649 expresa que «revocada la donación por causa de ingratitud, quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones e hipotecas anteriores a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad». La expresión «enajenaciones e hipotecas» podemos hacerla extensiva a los demás *iura in re aliena* y, concretamente, a las servidumbres. Pero como en la destinación, a pesar de lo que dispone el artículo 647, el signo aparente tiene por sí la suficiente publicidad y equivale a una inscripción, tiene que concluir la eficacia de la destinación efectuada por el donatario, siempre, claro está, que se den las demás circunstancias requeridas por el artículo 541.

Hemos de concluir lo mismo (87) para el supuesto del heredero sujeto a colación, ya que, según el artículo 1.045, «no han de traerse a colación y partición *las mismas cosas* donadas o dadas en dote, sino *el valor* que tenían al tiempo de la donación o dote».

12. Eficacia de los actos de un propietario sobre sus inmuebles hipotecados.

A dos hipótesis, principalmente, hemos de referir la eficacia de los actos de destinación en el supuesto de finca hipotecada:

1.ª El caso de que un propietario de dos fincas imponga una hipoteca sobre una de ellas y establezca un signo aparente en contra de la hipotecada.

2.ª El caso de enajenación de una de dos fincas, una de ellas hipotecada, entre las que existía la destinación.

En la primera hipótesis no se plantea ningún problema porque el nacimiento de la servidumbre es posterior a la realización de la hipoteca. La realización del valor de la hipoteca se lleva a cabo a través de la enajenación, con lo cual la servidumbre nace después de realizada aquélla. Si el acreedor o deudor hipotecarios no han hecho desaparecer los signos o no han declarado nada en su contra, la servidumbre surge por la destinación realizada.

(85) El artículo 650 del Código civil establece que «en el caso a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, tendrá derecho el donante para exigir del donatario el valor de los bienes enajenados que no pueda reclamar de los terceros, o la cantidad en que hubiesen sido hipotecados se atenderá al tiempo de la donación para regular el valor de dichos bienes». Cfr. FUENMAYOR, *op. cit.*, pág. 169.

(86) La palabra «condiciones» no está aquí empleada en su sentido técnico, sino en el vulgar de obligaciones o cargas (S. 3 noviembre 1931).

(87) En cuanto al efecto, durante su disfrute, véase artículo 654 del Código civil.

En la segunda hipótesis se trata de averiguar si los actos del deudor hipotecario tienen eficacia para que surja la destinación por la enajenación del fundo dominante a un tercero, anteriormente a la realización de la hipoteca, o si los actos del deudor carecen de fuerza al suponer una merma en el valor de la hipoteca.

En conformidad con los artículos 175, número 2, y 235, números 4 y 10 del Reglamento Hipotecario, según los cuales se regula el procedimiento judicial o extrajudicial de la ejecución hipotecaria, rige en absoluto el sistema de purga o liberación para las cargas y gravámenes posteriores a la hipoteca ejecutante. La servidumbre originada por destinación no surge hasta el momento de la enajenación; sólo hasta entonces el signo equivale al título. Si bien la apariencia de este título hace innecesaria la inscripción, por otro lado, como esta carga surge posteriormente a la constitución de la hipoteca, operará el principio de liberación de cargas, por el cual la servidumbre se extingue.

C) Tercer grupo:

13. Eficacia de los actos del representante y de los simples poseedores.

La doctrina moderna (88) impone la distinción entre la representación y el mandato, según que la legitimidad de la representación aparezca unida a una facultad interna de gestión de derecho material, o que a un poder de representación legal o nacido de determinadas relaciones jurídicas (no sólo del mandato, sino también, por ejemplo, del arrendamiento de obras y servicios, sociedad, préstamo, donación, compraventa, arrendamiento de predios, etc.) no corresponda derecho alguno de gestión (89).

Como la eficacia de la destinación se deriva de quien tiene poder de disposición en la relación de representación, los actos del representante tendrán tan sólo eficacia cuando comprenda el poder aquellos actos o la realización de aquellos servicios, pues en otro caso el representante sólo posee facultades de administración impotentes para hacer surgir la servidumbre por destinación. El poder concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar otro acto de riguroso dominio (en nuestro caso la imposición de la servidumbre), se necesita mandato expreso (art. 1.713 del Código civil). Quiere decir que si el pro-

(88) Véase GARCÍA VALDECASAS, *La esencia del mandato*, en *Revista de Derecho privado*, XXVIII (1944), 769, y la bibliografía allí citada; NÚÑEZ LAGOS, *Mandato sin poder*, en *Revista de Derecho privado*, XXX (1946), 609; MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La revocación del mandato y del poder*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IV (1948), 551.

(89) Véase las Sentencias de 18 mayo 1933, 22 mayo 1942 y 27 enero 1945.

pietario tuviese intención de establecer algún servicio o imponer alguna servidumbre, tendría que referirse concretamente a la misma y así ordenarlo al representante, lo que implicaría una constitución expresa y rebasaría los límites del supuesto del artículo 541, donde la eficacia se apoya en el consentimiento tácito. Es más: debido a la transitoriedad de la representación para los actos de adquisición, enajenación o transferencia por el representante, es difícil que se produzca el supuesto de la destinación, dada su nota de permanencia.

No obstante, veamos si puede aparecer la destinación en el mandato *proprio nomine* para administrar, pues una de las características principales es su relativa permanencia, su tracto continuo; además, el mandatario administrador es propietario en cierto modo, actúa en propio nombre. «Al exterior—dice Núñez Lagos (90)— tiene todas las facultades inherentes al dominio. Ningún tercero que de buena fe contrate con él podrá tener ni alegar falta de facultades, porque es verdadero propietario». Pero si, por una parte, los terceros pueden invocar la eficacia de los actos que el mandatario había realizado sobre fondos del mandante, por otra, el propietario o mandante puede asimismo alegar la falta de titularidad del mandatario por ser ésta de simple administración, de posesión v, además, posesión de mala fe, puesto que legalmente no tiene aptitud para lograr el dominio ni la imposición de derechos reales sobre cosa ajena. De aquí que, en la relación interna de gestión, los actos ejecutados por el mandatario frente al mandante sean ineficaces. No obstante, la situación de hecho creada por el mandatario administrador tiene una relativa importancia y alcance jurídico frente a terceros por la apariencia que engendran. Si, concluido el mandato, el propietario mandante no hace desaparecer los signos o no declara su voluntad en contrario respecto de ellos, en el momento de la enajenación, en realidad confirma la situación anterior, y como la confirmación equivale al mandato y tiene efectos retroactivos, según el artículo 1.313 del Código civil, la destinación podrá operar sus efectos. En este caso podemos decir que existe la confirmación tácita que señala el artículo 1.311 al decir «se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviera derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de reconocerlo». No de otro modo tienen eficacia para administrar los actos del mandatario a propio nombre.

Por lo que se refiere a la representación marital, veamos qué eficacia tienen los actos del marido en la propiedad de la esposa respecto de los actos de destinación por él ejecutados.

La confusión de propiedades entre los bienes del marido y los de la mujer puede llevar en algunos casos a invocar el estableci-

(90) NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, pág. 614.

miento de un derecho de servidumbre al disolverse la sociedad conyugal. No obstante, en lo que se refiere a la dote inestimada y a los bienes parafernales, como la mujer conserva el dominio de los mismos, el problema no se presenta, pues falta uno de los requisitos fundamentales: que los fundos pertenezcan a un mismo propietario (el marido es simple administrador). Es más, el alcance de los actos del marido viene sujeto a responsabilidad cuando el deterioro en los bienes de la mujer sea por su culpa o negligencia (arts. 1.360, 1.382 y 1.425).

Los fundos del marido que debían servidumbre a los de su esposa y los servicios y estados de hecho creados por el marido en la propiedad de la misma a favor de uno suyo, están sujetos a revisión y a la restitución del estado anterior de los fundos, es decir, al de antes de su unión matrimonial. Concretamente, en la Resolución de 18 de febrero de 1893 se dice que el marido no podrá celebrar, sin poder bastante de su mujer, un contrato para establecer una servidumbre en bienes de aquélla. Para los efectos de la destinación es interesante la resolución, ya que los actos del marido en la propiedad de su esposa no tienen eficacia si ésta no presta su consentimiento. Y aquí nos volvemos a encontrar con que este consentimiento de la mujer ha de ser tácito, mejor dicho, ha de deducirse de la ratificación tácita (91) que efectúe, sin la cual la destinación no operará sus efectos. Es necesaria la prueba de esta ratificación para que surja y pueda alegarse la servidumbre pretendida, pues no de otro modo se cumpliría el requisito fundamental del artículo 541 de que las fincas hayan pertenecido al mismo propietario y él haya impuesto o reconocido aquellos signos aparentes de servidumbre. Al no probarse dicho consentimiento tácito, la mujer o sus herederos no pueden alegar la existencia de las servidumbres anteriores (puesto que el fenómeno de la confusión del artículo 546, núm. 1 no pudo operarse) o negar las producidas por destinación en contra suya por falta de hechos que concluyan su consentimiento tácito (hacer desaparecer los signos, declaración expresa o tácita en contrario, etc.)

Los padres (igualmente los tutores), como representantes y administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, carecen de poder bastante para entablar relaciones y establecer servicios por destinación entre las fincas de aquéllos y en favor de las suyas. El artículo 164 del Código civil restringe sus facultades de disposición imponiéndoles las siguientes limitaciones: la de que «el padre, o la madre en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo o la administración, ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad, y previa la autorización del Juez

(91) Según la Sentencia de 14 diciembre 1940, no puede confundirse la «ratificación» prevista en el artículo 1.239 y en el 1.727 con la «confirmación» de los contratos anulables a que se refieren los artículos 1.309 y 1.313.

del domicilio, o con la audiencia del Ministerio Fiscal, salvas las disposiciones que en cuanto a los efectos de la transmisión establece la Ley Hipotecaria» (92).

Los actos del apoderado o representante del ausente carecen asimismo de eficacia para establecer la servidumbre por destinación, dada la temporalidad y la falta de poder dispositivo sobre los bienes. Pero pueden crear servidumbres mediante destinación aquellas personas que entran en la posesión definitiva de los bienes del causante. Si el ausente apareciera, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren (art. 197). Es decir, la destinación habrá operado sus efectos y será válida.

Al ser requisito fundamental del artículo 541 el que sea un propietario quien establezca el signo aparente de servidumbre excluye a los simples poseedores, tales como el usufructuario, el arrendatario y el mero detentador o el que posea con título vicioso.

La eficacia de los actos de un usufructuario es la misma que la de los demás poseedores de título temporal del inmueble. Carece, pues, de aptitud para engendrar las destinación, dado que la verdadera naturaleza del usufructo supone la obligación de conservar la forma y la sustancia de la cosa entregada en usufructo (arts. 467 y 595). Falta, además de la potestad de dominio, la intención de perpetuidad al resolverse el usufructo con la muerte del usufructuario (art. 513, núm. 1).

En cuanto al arrendatario, como tan sólo posee el goce o uso de la cosa por tiempo determinado (art. 1.543), no tiene potestad de dominio sobre la cosa y su relación en ese sentido es meramente personal. Por lo tanto, para los efectos de la destinación sus actos carecen de eficacia, máxime cuando al arrendatario se le impone la obligación de devolver la finca tal como la recibió al concluir el arriendo (art. 1.561).

Por último, carecen de eficacia los actos realizados por quien detenta precariamente los inmuebles por el principio de que: *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. De tal modo, los actos de un mero poseedor no tienen eficacia para realizar la destinación, ni tan siquiera los de un poseedor de buena fe (93). Por la misma razón, tienen menos eficacia los actos de un poseedor de mala fe. En cuanto al poseedor de buena fe lo único que puede suceder es que, en virtud de un título traslativo de propiedad e ignorando los vicios, adquiera mediante la prescripción aquel derecho. Una vez que lo haya adquirido, sus actos tienen validez para la destinación. Pero mientras el plazo de la prescripción no se cumpla, todos los actos que realice carecen de eficacia.

(92) Artículos 28, 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria.

(93) Según el parecer de DE PAGE, *op. cit.*, pág. 524, n. 9, el poseedor de buena o mala fe puede establecer una servidumbre por destinación, pero es revocable si el propietario reivindica sus inmuebles, en tiempo útil.

IV. *Falta de declaración contraria a la existencia de los servicios en el título de enajenación y la no desaparición del signo.*

La falta de una declaración contraria a la existencia de los servicios en el título de enajenación, o bien, la no desaparición de los signos suponen el establecimiento de una servidumbre por la voluntad conforme de las partes. Si, por el contrario, existe una declaración expresa de que la servidumbre debe considerarse establecida o bien se hacen desaparecer los signos antes de realizarse la separación, no puede presumirse tal voluntad de constitución, sino todo lo contrario: su inexistencia. Estos requisitos recogidos en el artículo 541 suponen el reconocimiento a la facultad inviolable (la libertad jurídica) que el ordenamiento sanciona a favor de todo propietario. «El rigor de los principios—dice Comas (94)—no envolvía en el fondo ningún conflicto jurídico, respetando, como quedaba respetada para el derecho, la voluntad de los interesados para establecer o no servidumbre respecto al uso a que correspondiese el referido signo aparente cuando por cualquier causa se realizase la separación del dominio en cada uno de los predios. Pero la necesidad de no fiarlo todo a la libre estipulación cuando por la existencia del signo aparente pudiese fundadamente creerse en la existencia de servidumbre, llevó al legislador a templar el rigor de los principios buscando una fórmula que, sin menoscabo de la libre voluntad, sirviese para respetar, no obstante dicha separación dominical, la mencionada condición natural en que se hallasen los predios.»

El legislador, mediante esta válvula de escape, dota al supuesto de un juego y de una movilidad extraordinaria, al mismo tiempo que fija y determina el valor afirmativo de una declaración de voluntad tácita entre las partes, al excluir ellas mismas la posibilidad de declarar lo contrario en el momento de la enajenación o hacer desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura, ya que ésta equivale a la tradición (simbólicamente). «La manifestación de la no existencia de la servidumbre—dice Mucius Scaevola (95)—ha de hacerse en el título de enajenación de cualquiera de las fincas, como dice el artículo, esto es, sea la que haya de convertirse en dominante o sirviente, único sentido en el que pueden aceptarse tales palabras; pero en la que se enajene primeramente. Desde este momento se crea un estado de derecho que no hay más remedio que respetar, sin que pueda ser alterado con posterioridad, a no mediar el consentimiento de los interesados.» Además, «la declaración ha de ser explícita; no debe dejar dudas acerca de la no existencia de la servidumbre. Es decir, deberá expresarse esto específicamente, no bastando la declaración genérica de que se transmite la finca sin carga alguna o sin ninguna clase de servidumbres, tanto porque esta declaración cabría a las servidumbres que pudieran existir entre la totalidad de la

(94) COMAS, *op. cit.*, pág. 510.

(95) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 286.

fincas, entre la unidad jurídica determinada por el dominio consolidado y otras fincas ajenas a él, como porque el artículo exige implícitamente una declaración particular respecto del signo existente».

El Tribunal Supremo confirma este mismo criterio en repetidas sentencias. Así, sobre todo, la sentencia de 10 de julio de 1880, que expresa: «Considerando que la sentencia recurrida no infringe la ley del contrato citado como primer fundamento del recurso, porque si bien en la escritura de compra de la casa expresó que la finca no tenía gravámenes de censo, hipoteca ni otro alguno, en el hecho de admitirles el comprador en el estado creado en virtud del convenio de 1850 que había establecido la manera de las de ambas fincas, lo aceptó como esencial al contrato, entendiéndose hecha la compra en dicha forma que estaba a la vista de los contratantes». La sentencia de 10 de enero de 1883, por su parte, dice que «por la misma razón no infringe el principio inconcuso de derecho de que la limitación del dominio no se presume, siendo necesario que conste expresamente, y la jurisprudencia confirmatoria de este principio, puesto que la existencia de la servidumbre objeto de la cuestión no se funda en fórmulas generales usadas en los contratos de enajenación, sino que se concreta y determina por virtud de lo convenido en la división». La sentencia de 6 de febrero de 1904, en uno de sus considerandos, también manifiesta que la frase «es libre de todo gravamen» no implica la existencia de servidumbres, debido a la vaguedad de esas expresiones susceptibles de interpretaciones diversas. Y, más adelante, dice que «según la doctrina expuesta y el precepto contenido en el artículo 541 del Código civil invocado en la sentencia recurrida, para que el título de servidumbre fundado en signo aparente de tal no continúe subsistiendo después de la enajenación o división, es indispensable que se exprese lo contrario, o que se haga desaparecer el signo, y en el caso actual, ni dejó de utilizarse el camino para todos los adjudicatarios..., ni se pactó lo contrario por modo claro y terminante». La sentencia de 24 de mayo de 1933 muestra cómo no se aplica el supuesto de destinación cuando existe pacto, «porque el artículo 541 del Código civil —dice—, invocado por el recurrente, sólo establece una presunción por razón de los signos, señalando el mismo artículo la excepción de que al separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario; y como en la escritura de 1880 se determina con toda precisión el modo en que habrían de quedar las ventas y patio, es a lo pactado a lo que hay que atenerse, sin que con ello se infrinja en nada el artículo citado».

Así, pues, la jurisprudencia aclara especialmente, para el caso de constitución de servidumbre por destinación, la carencia de eficacia que poseen las cláusulas de estilo añadidas en los documentos de enajenación y formuladas en términos generales, tales como «libre de todo gravamen», «libre de todas las cargas y ser-

vidumbres», etc. (96). Ante la prueba fehaciente del signo aparente es necesario que la servidumbre venga suprimida específicamente mediante una determinación y referencia concreta a la misma, pues de lo contrario, el artículo 541 operará sus efectos. La sentencia de 3 de marzo de 1942 interpreta que «aun siendo indudable que los principios generales del derecho y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo aconsejan favorecer en lo posible el interés y condición del predio sirviente, por ser de interpretación estricta toda la materia relativa a la imposición de gravámenes, no lo es menos que este clásico principio de interpretación favorable al derecho de propiedad sólo puede prevalecer, como hubo de apuntar la sentencia de 21 de noviembre de 1881, en los casos dudosos».

En cuanto a la desaparición del signo antes del otorgamiento de la escritura, comprende todo acto por virtud del cual deje de ser signo visible sin que se requiera su destrucción. Para Mucius Scaevola (97) «desaparecer vale tanto como ocultarse, no verse: así, bastará que no sea visible objetivamente, ni subjetivamente el signo, según hemos expuesto al hablar de la apariencia. Si se tapien o cierran unos huecos, si se construye por encima de ellos, o sobre un acueducto, cañería o camino, entendemos que tal signo desaparece, porque en efecto, se oculta realmente, no está a la vista, en una palabra no es aparente». Según Manresa (98) la desaparición puede tener efecto en cualquier tiempo, siempre que sea antes del acto jurídico que motive la separación. Mucius Scaevola (pág. 285), todavía precisa más. Dice que «el momento que pudiéramos decir estimativo de la separación del signo, es el del otorgamiento de la escritura de la finca que primeramente se enajena. Así, aun cuando haya habido compromiso de enajenación, y en la finca de este compromiso existiere el signo, no nacerá a servidumbre si el signo desaparece con antelación al otorgamiento de la escritura, traslativa del dominio».

En aquellos casos que no medie escritura, ¿cuándo se entiende establecida la servidumbre por destinación? ¿Desde el acuerdo de realizar o concluir el negocio o en el momento de la tradición? Existe un intervalo en el que se puede rectificar, negar o afirmar la servidumbre. Según la dogmática de nuestra doctrina es necesario para la constitución de toda servidumbre el título y el modo (99). Si existe título suficiente para su adquisición, una vez

(96) El Tribunal Supremo ha manifestado en la Sentencia de 22 de diciembre de 1870 que «la cláusula general consignada en un contrato de compraventa de venderse la cosa con las entradas, salidas, usos, costumbres y servidumbres no es suficiente para probar la existencia de una servidumbre particular que no se menciona expresamente».

(97) MUCIUS SCAEVOLA. *op. cit.*, pág. 285.

(98) MANRESA, *op. cit.*, pág. 386.

(99) Para que se origine el derecho real, nuestro Código civil (arts. 609, 1.095 y 1.473) exige, además del título o negocio jurídico que lo prepara, que medie la tradición. Véase Sentencias de 26 febrero 1942, 5 junio 1945 y 15 abril 1947.

que medie la tradición, desde ese momento, cabe hablar de existencia actual de la servidumbre. La adquisición de la posesión basta para la adquisición del derecho.

CAPITULO II

LA NATURALEZA Y EL REGIMEN JURIDICO DE LA DESTINACION DEL PROPIETARIO

14. Terminología de la institución.

Antes de entrar en cuestión, y como problema previo, queremos precisar el título de este modo constitutivo, dada la variedad con que se le ha venido denominando.

Por su origen francés, es comúnmente conocida por «*destination du père de famille*». Al ser aceptada por las diversas legislaciones positivas extranjeras, se tradujo literalmente. Así, el Código civil italiano la nombra como «*destinazione del padre di famiglia*» (100) y la doctrina portuguesa como «*destinação do pai de família*» (101). Nuestro Código civil, en el artículo 541, soslayó la cuestión del nombre y tan sólo apreció los elementos objetivos por los que venía impuesto, especialmente por la existencia del signo aparente de servidumbre. Nuestros autores o hablan del «establecimiento por signo aparente» o traducen tal modo constitutivo como «destino del padre de familia» (102). En general, la doctrina civilista adopta una determinación que, en parte, obedece y está de acuerdo con la naturaleza específica que le asignan. De tal suerte se le denomina «constitución tácita de las servidumbres» (103), «adquisición por presunción legal o signo aparente» (104), «constitución automática de la servidumbre» (105) y «servidumbre de propietario» (106).

Sin apartarnos de la línea de conducta general marcada por la institución desde sus orígenes, y con un criterio amplio, creemos conveniente emplear la terminología de «destinación del propieta-

(100) Véase los artículos 629, 632 y 633 del Código civil de 1865, y artículo 1.062 del vigente.

(101) La expresión es doctrinal, pues no se encuentra en el Código civil, aunque venga regulada la institución en el artículo 2.274.

(102) COMAS, *op. cit.*, pág. 508; DE BUEN, *op. cit.*, pág. 640; BONET RAMÓN, *op. cit.*, pág. 411, y PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 394.

(103) MANRESA, *op. cit.*, pág. 584; DE DIEGO, *op. cit.*, pág. 530; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, pág. 46.

(104) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 466; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 649; MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 269; LEZÓN, *op. cit.*, pág. 225; CASTÁN, *op. cit.*, página 503.

(105) BORRELL, *op. cit.*, pág. 96.

(106) Denominada «*Eigentümerdienstbarkeit*» por la doctrina alemana y suiza.

rio) (107) o «constitución tácita de las servidumbres» (108) por ser el propietario, fundamentalmente, quien de un modo real, aunque tácitamente, le da vida y eficacia.

Desaparecidas las incapacidades del Derecho romano que restringían la personalidad en virtud de los vínculos familiares, la institución amplió sus fronteras, desde que el padre de familia no era el único que poseía el poder omnímodo del obrar jurídico y desde que el hombre, por el hecho de ser tal, tiene el pleno dominio sobre las cosas y la personalidad suficiente para contraer relaciones jurídicas. Actualmente, el propietario en virtud de su titularidad jurídica, reúne las condiciones para llevar a cabo ciertas transformaciones en el Derecho (esto es, crear, disfrutar, modificar, gravar y extinguir los derechos) (109). Es el propietario, en suma, de quien ha de depender la vida completa de la relación de destinación, pues, sin él, carecerá de toda vigencia y valor.

Frente a las concepciones objetivistas que quieren fundamentar la destinación tan sólo en los signos aparentes y en la fuerza de la ley, llamamos la atención insistentemente sobre el papel esencial del propietario, no sólo en el acto de destino o afectación que ejecuta, sino también en el juego de su voluntad (ya por afirmación, negación a través del tácito reconocimiento) determinante, hasta el último momento, de su nacimiento y consolidación. Sin ir más lejos, la palabra «destinación» revela la intención de establecer

(107) Nuestra terminología coincide con la de GIANTURCO, *Istituzioni di Diritto civile italiano* (Firenze, 1908), 133; FAUGERE, *op. cit.*, pág. 12; BASSANELLI, *Im tema di costituzione della servitù per destinazione del proprietario*, en *Foro italiano*, I (1940), 411; BIONDI, *Corso di Diritto romano* (Milano, 1942), 250, y en *Istituzioni di Diritto romano* (Milano, 1946), 218; BARASSI, *I diritti reali limitati* (Milano, 1947), 261; FERRARA, *Diritto privato attuale*² (Torino, 1948), 475, observa cómo el título del padre de familia no viene del derecho familiar, sino que se trata de la destinación del propietario. Creemos con MESSINEO, *Le servitù* (Milano, 1949), 134, que la expresión «padre de familia» es el eco de la tradicional designación romanista que sirve para indicar el propietario; también TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*⁵ (Padova, 1950), 415, n. 1. En cuanto a la palabra «destinación», aunque es un galicismo, está admitida por el Diccionario de la Real Academia (Madrid, 1939). Ella expresa, concretamente, la acción y contenido complejo de la institución, su procedencia extranjera y es la palabra más específica y exacta para referirla.

(108) Así, FEIGER, *Beitrag zur Lehre der stillschweigenden Servitutsbestellung* (Casel, 1887), cit. por WINDScheid, *op. cit.*, pág. 293, n. 13, y GROSSO, *Im tema de costituzione tacita di servitù*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto romano*, XLII (1934), 326.

(109) Creemos u cesaría una transformación de aquellas tendencias del Derecho civil que no dan injerencia a las personas en el proceso de creación del Derecho. Actualmente, las personas, para obrar conforme al Derecho, tienen que «ponerse en situaciones jurídicas» que el ordenamiento vigente reconoce. Gravita demasiado el fenómeno de injerencia del poder público (estatismo) en la esfera de las «relaciones privadas», con olvido de las iniciativas dentro de las relaciones jurídicas originadoras de derechos. Cfr. nuestras recensiones a las obras de RIPERT, *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, en *Anuario de Derecho civil*, II-3.º (1949), 1130, y de ISELE, *Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch*, en *Anuario de Derecho civil*, III-1.º (1950).

y dedicar de un modo permanente ciertos servicios inmobiliarios sobre un fundo en relación con otro (110).

Decimos destinación del propietario porque es el propietario quien con su poder imprime carácter a la relación que obrará ulteriores efectos. Decimos, también, destinación del propietario porque fuera de él, de su titularidad de dominio o propiedad, los demás titulares, según vimos, son impotentes para hacer surgir una vinculación con alcance real y perenne. Es, pues, el propietario el causante de la relación de servicio impuesta entre los fundos a través de la cual se exteriorizan sus actos, que adquieren formas y signos de apariencia en la realidad de las cosas y de donde toma la destinación el alcance jurídico en las relaciones con terceros.

15. *Doctrina del consentimiento tácito y de la presunción de voluntad del testador.*

Desde que Bartolo imprime a la destinación la categoría de modo constitutivo de servidumbres, en virtud del tácito consentimiento o de la presunción de voluntad del testador al efectuarse la enajenación, venta o división hereditaria, la doctrina de las épocas posteriores, en su mayor parte, le ha confirmado el mismo carácter.

Los autores de la doctrina francesa son los que especialmente han perpetuado y atribuido tal naturaleza jurídica en el Derecho civil moderno, y a quienes, posteriormente, han seguido los demás autores de las otras legislaciones, especialmente las de signo latino (italiana, portuguesa, española e hispanoamericanas). Al estudiar la destinación en el Derecho francés, hemos visto la naturaleza jurídica que los autores le atribúan (111). Entre los nombres de los que se adscriben a esta posición, veíamos los de Demolombe, Laurent, Baudry-Lacantinerie, Faugère, Colin y Capitant, Planiol y Ripert, Aubry y Rau y Hemard. Faugère es de los que más ampliamente explica en qué consiste el acuerdo constitutivo, donde tiene su existencia la destinación (112). Acerca del mecanismo de su formación nos dice que la servidumbre constituida por destinación del padre de familia tiene un origen convencional; que el acto constitutivo es un contrato tácito y accesorio. Sostiene que el vehículo de su formación es el contrato. «Si por voluntad del dueño común—aclara—el estado de cosas subsiste precisamente en el momento de la separación de los fundos, no hay ninguna buena razón para negar y no ver en la voluntad creadora de la dependencia de los lugares y causa de su mantenimiento una oferta hecha a los sucesores eventuales para conservar aquel estado de cosas; esta situación de dependencia, que siempre produce los mismos efectos, en lo que concierne a la ex-

(110). El artículo 334, núms. 5, 7 y 9, del Código civil emplea en el mismo sentido la palabra «destinación»:

(111) Cfr. mi estudio en *Información Jurídica*, ya citado, pág. 888.

(112) FAUGÈRE, *op. cit.*, págs. 60 y sigs.

plotación de las heredades, toma caracteres jurídicos diferentes por suerte de su separación. La comunidad de origen y el poner los lugares en aquel estado traduce la oferta posible; el mantenimiento de la dependencia demuestra que la oferta no ha sido retirada; la continuidad, la apariencia del servicio son otros tantos medios que revelan su existencia; el silencio de los sucesores y la neutralidad benévola del acto de separación son otros tantos indicios de que ha sido aceptada. No se puede deducir de su forma alguna objeción; sin duda esta oferta y su aceptación son tácitas, pero hay otros casos donde un simple hecho puede valer como oferta de contrato o la conclusión del acuerdo». «Concluyo de este rápido examen—dice Faugère (pág. 63)—que no hay nada en contra en el mecanismo de la oferta y de la aceptación según la idea que nos construimos para el mecanismo de este contrato». Por lo que se refiere al objeto del contrato, dice (pág. 64), que se confunde con el objeto de las obligaciones que lo hacen nacer. «En nuestra hipótesis—expone—el acuerdo tácito tiene lugar al existir la obligación de respetar la relación establecida por el dueño común». «Se ve—concluye (pág. 65)—cómo y por qué nuestro contrato surge de las obligaciones en que el objeto no tiene nada extraño y contrario al derecho común. Esta opinión se fortifica cuando se considera que este objeto puede ser determinado, posible y lícito.»

Entre los autores de la doctrina italiana que fundamentan la destinación sobre la base voluntarista tenemos a Riccobono y Pacifici-Mazzoni. Este último requiere que la servidumbre ha de ser continua y aparente para que se entienda establecida por la tácita voluntad del disponente o por tácito consentimiento del adquirente y enajenante. En el mismo sentido se expresan Simoncelli, Ricci, De la Ville, Ruggiero, Dusi, Trabucchi, Scuto (113) y Candian (114). El pacto tácito lo admiten, igualmente, casi todos los romanistas como Bonfante, Ferrini, Perozzi, Pacchioni, Di Marzo y Arangio Ruiz (115).

La doctrina del consentimiento tácito es la tesis clásica y tradicional y la que en España han seguido la mayoría de nuestros autores. Así, para Manresa (116), «el precepto legal (art. 541), descansa en la voluntad presunta del dueño». «Hay a nuestro entender—dice Mucius Scaevola (117)—no sólo presunción de voluntad en el enajenante, o sea del dueño de las fincas que estuvieren confundidas, sino convención, siquiera sea tácita, entre el vendedor y el adquirente de la finca vendida. Puesto que pudiendo estipular la no existencia de la servidumbre, nada dicen o nada

(113) SCUTO, *Sulla costituzione per fatto dell'uomo di servitù prediali aventi correlazione con le cose dette servitù legali*, en *Rivista di Diritto privato*, II (1932), 35.

(114) CANDIAN, *Nozioni istituzionali di Diritto privato*² (Milano, 1949), 398.

(115) Cfr. nuestro estudio en *Anuario de Historia del Derecho*, ya citado.

(116) MANRESA, *op. cit.*, pág. 538.

(117) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 277.

hacen, fuerza es presumir que el segundo (el comprador) acepta el estado jurídico creado por el primero (vendedor).» Lezón (118) nos habla de «esa voluntad presunta del indicado dueño común», y García Goyena (119) dice que se presume un convenio tácito de dejar las cosas como estaban. Así lo creen, igualmente, Sánchez Román (120), Navarro Amandi (121), Valverde (122), De Buen (123) y Casals Colldecarrera (124). También para Bonet Ramón (125) se trata de un modo tácito de constitución de la servidumbre que se deriva de la voluntad presunta del originario propietario de los fundos.

Dentro de esta orientación, que podemos llamar clásica, existen doctrinas en las que se da mayor alcance al acto de destinación; concretamente, otras que, por el contrario, se fijan más en el acuerdo tácito de voluntades que en el momento de la enajenación se produce y, otras, aun más radicales, que consideran a la ley como instauradora de la institución.

16. *Doctrina de la inherencia real.*

Sala Contarini (126) ha creído poder demostrar que el verdadero fundamento de la destinación no se debe rebuscar en la voluntad de las partes tácitamente expresada, sino en la destinación en sí, en el concepto de la inherencia real, que es un atributo necesario, no sólo de una servidumbre jurídicamente constituida, sino de cualquier estado de servicio existente entre dos fundos. La servidumbre, dice Sala Contarini, es una accesión del fundo, por eso, si se transmite, es por necesidad jurídica, con el fundo; una razón de diferencia entre ésta y aquél es el estado dispuesto por el propietario, en fuerza del cual un fundo se sujeta a otro. La inherencia real es en un caso y en el otro idéntica, porque

(118) LEZÓN, *op. cit.*, pág. 228.

(119) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 466.

(120) SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 650.

(121) NAVARRO AMANDI, *op. cit.*, pág. 288.

(122) VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, II (Valladolid, 1925), 372.

(123) DE BUEN, *op. cit.*, pág. 641, dice lo siguiente: «En cuanto al tercer y último requisito señalado [respecto de que no se diga nada en contra de la continuación de la servidumbre en el título de enajenación, ni se haga desaparecer el signo antes de otorgarse la escritura] no creemos necesario indicar más, sino que es una consecuencia del sentido dominante del artículo. En él, en efecto, domina la idea de que el propietario ha consentido, al enajenarse la finca, en que se transforme en servidumbre lo que antes era un uso autorizado por el derecho de propiedad; es decir, que si la servidumbre se constituye es por una presunción de título, razón por la cual muchos autores españoles estudian este modo de adquirir dentro de la adquisición por título; y tal presunción queda desvanecida en el momento en que hay una declaración expresa, contraria a ella.»

(124) CASALS COLLEDECARRERA, *op. cit.*, pág. 12.

(125) BONET RAMÓN, *op. cit.*, pág. 411.

(126) SALA CONTARINI, cit. por RICCOBONO, *La destinazione del padre di famiglia*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXI (1896), 380.

idéntico es el estado de servicio. La existencia de servidumbre será consecuentemente negada, durante la reunión de los dos fundos en la mano del único propietario, sobre todo por una sutileza jurídica, que queda después eliminada cuando los dos fundos vuelven a separarse.

Tal concepción no es exacta. Como muy bien comenta Riccobono (127), la inherencia real es un efecto de la servidumbre *jure constituta*, que corresponde a su fin (*praedio utilis*). Es más, según nuestro parecer, supondría un riguroso determinismo que en la mayor parte de los casos carecería de valor y de sentido. La voluntad del propietario vendría predeterminada por un estado de hecho, puesto que Sala Contarini (128) no se refiere a la destinación como acto jurídico voluntario, sino a un atributo necesario, a la inherencia real.

17. *Doctrina del signo aparente.*

A la tesis de Sala Contarini se adhieren, en cierto modo, aquellos autores que tan sólo requieren el requisito de la apariencia para que se constituya la servidumbre por destinación. Así opinan Chironi (129), Fiore (130) y Iannuzzi (131). Esta doctrina parece admitirla, entre nosotros Castán (132) al enunciar este modo constitutivo de las servidumbres como de adquisición por presunción legal o signo aparente, aunque se incline preferentemente por un modo legal de constitución, según más adelante veremos.

El signo aparente como único elemento determinativo de la servidumbre que va a surgir, nada nos dice si no resulta de un acto de destinación.

Algunas veces puede depender de un estado de cosas establecido por una comodidad momentánea, por una necesidad meramente personal y muchas otras obedecerá al puro azar. La mera apariencia sin el acto de destinación que la determine tiene, tan sólo, un carácter precario. De aquí que esta doctrina resulte incompleta e insuficiente.

18. *Doctrina de la destinación como acto unilateral.*

Un sector de la doctrina suele resaltar, tan sólo, el acto unilateral de la destinación como el acto constitutivo de la servidum-

(127) RICCOBONO, *op. cit.*, pág. 380.

(128) Cfr. RICCOBONO, *op. cit.*, pág. 382.

(129) CHIRONI, *Studi e questioni*, II, 85, cit. por DUSI, *Istituzioni di Diritto civile*, I (Torino, 1930), 388, n. 5.

(130) FIORE, en *Atti dell'Accade. di Napoli*, XXXVI (1905), cit. por DUSI, *op. cit.*, 388, n. 5.

(131) IANNUZZI, *Della destinazione del padre di famiglia nelle servitù discontinue apparenti sotto l'impero del Cod. civ. fr. e nap.* (Filangieri, 1881), 489, cit. por RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp., I (Madrid, 1929), 717, n. 1.

(132) CASTÁN, *op. cit.*, pág. 503. Véase también BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español*, II (Valladolid, 1898), 348.

bre. Este punto de vista lo sostienen, principalmente, Simoncelli (133), Bassanelli (134) y Giordano (135). Para estos autores el acto de destinación ejecutado por el propietario supone una manifestación de la voluntad capaz de crear una servidumbre que permanezca latente mientras los fundos pertenecen al mismo dueño. Es, pues, la destinación un acto con eficacia jurídica en sí.

Barassi (136) cree que una tal concepción no es exacta, puesto que el acto de destinación es impotente por sí mismo en cuanto se limita a ser un acto de gestión interna (*nemini res sua servit*). A nuestro juicio, la destinación tiene una gran trascendencia. La destinación ejecutada por el propietario es un acto con eficacia jurídica en cuanto es un presupuesto, un elemento del acto complejo de destinación del propietario que se complementa con los demás requisitos que dan nacimiento a la servidumbre. Ahora bien, independizar el acto de la destinación y otorgarle autonomía, supone introducir la indeterminación y la anarquía en el régimen de atribuciones y poderes a una persona, supone desconocer la voluntad de una de las partes en el negocio de constitución y someterla a su único capricho. De aquí que sea insuficiente esta doctrina al considerar tan sólo eficaz el acto de destinación para la constitución de la servidumbre. Es necesario, además del acto o actos impositivos de una relación de hecho entre los fundos, un acto de silencio (reconocitivo del servicio existente) en el momento de la enajenación.

19. Doctrina de la constitución legal o automática de la servidumbre.

Actualmente, en la dogmática del Derecho moderno, la ley, como expresión de voluntad, constituye la norma más perfecta e ineludible para la coexistencia social. La ley supone un medio de expresión del poder y a ella se recurre para dar vigencia a aquellas situaciones y relaciones que se creen dignas de protección. Mediante su fuerza, el legislador consigue la determinación de ciertas posiciones inestables y la aportación de soluciones a una concreta colisión de intereses. De aquí la preponderancia y soberanía de la ley como definidora y protectora de los derechos de la comunidad frente a los egoístas individuales. Es tan amplio el dogma de la ley que hoy absorbe casi todas las instituciones. Respecto de la destinación, es también la ley, para un sector de la doctrina, quien la crea. Así, Barassi (137) dice que «en realidad es un modo

(133) SIMONCELLI, *op. cit.*, págs. 96 y 120.

(134) BASSANELLI, *In tema di costituzione della servitù per destinazione del proprietario*, en *Foro italiano* (1941), 411.

(135) GIORDANO, *Del fundamento giuridico della servitù per destinazione del padre di famiglia e del momento della sua costituzione*, en *Foro italiano* (1941), 710.

(136) BARASSI, *op. cit.*, pág. 264.

(137) BARASSI, *op. cit.*, pág. 257. Según DE PAGE, *op. cit.*, pág. 521, la destinación constituye un modo propio y original de crear una servidumbre.

de adquisición por ley, y, lógicamente, mejor debía tratarse entre las servidumbres legales y aquellas constituídas mediante título, como si fuese un *tertium genus*. Y más adelante establece que «en conclusión, el surgir de una servidumbre es aquí obra de la ley, la cual establece la transformación de la relación de hecho entre los dos fundos, en relación de derecho independientemente del hacer y no de un real consentimiento de los propietarios». «En realidad—concluye—es la misma ley quien por cuenta de suya obra esta transformación, por ella surge la servidumbre». Para Barassi, sin embargo, la voluntad de la ley tiene aquí, no un valor categórico, sino puramente dispositivo, es decir, puede decaer cuando el anterior propietario había expresado claramente la voluntad (por ejemplo, en testamento) de que la relación de utilidad no se perpetúe como relación de servidumbre. Por otro lado, como la servidumbre nace por voluntad de la ley, no requiere la inscripción, puesto que basta la apariencia para hacerla conocer. Idéntica tesis mantienen Coviello (138), Butera (139), Cunha Gonçalves (140), Cicu (141), Bassanelli (142), Branca (143), Biondi (144) y Grosso (145). Ultimamente, Messineo (146) mantiene también que la destinación produce sus efectos *ope legis* y a título originario, si bien el propietario del fundo dominante se reserva el derecho de renunciar, puesto que no se trata de materia de orden público. Cree, además (pág. 139), que la ley atribuye un significado afirmativo específico, o sea, de no querer alterar la anterior situación. Niega, por el contrario, que la destinación se base en la presunta voluntad del propietario de los dos fundos, puesto que, en general, debe decirse que tal presunta voluntad puede ser el motivo de una especial norma legal, pero que si la ley establece un determinado efecto jurídico, a ésta, y no a la voluntad presunta del sujeto debe darse la razón de tal efecto. Según Messineo (pág. 141) no se puede hablar de consentimiento tácito, tanto por la decisiva razón de que la destinación no es un negocio jurídico, sino lo que se llama un «acto efectivo», o mejor, una «operación jurídica», porque la destinación es una modificación que determina una situación preexistente.

(138) COVIELLO, *Le servitù prediali*, pág. 309, cit. por BARASSI, pág. 263.

(139) La Sentencia de 17 de junio de 1931 del Tribunal Supremo italiano, de la cual fué ponente BUTERA. Cfr. SCUTO, *op. cit.*, pág. 35.

(140) CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, pág. 658.

(141) CICU, *Servitù per destinazione del padre di famiglia*, en *Rivista di Diritto civile* (1939), 425.

(142) BASSANELLI, *op. cit.*, pág. 411.

(143) BRANCA, *Delle servitù prediali*, en *Commentario del Codice civile, Libro della proprietà* (Bologna-Roma, 1947), 523.

(144) BIONDI, *Fondamento e carattere della destinazione del padre di famiglia*, en *Foro italiano* (1948), 503.

(145) GROSSO, *Destinazione del padre di famiglia e riduzioni della servitù*, en *Giurisprudenza italiana e la legge* (1948), 400; *In tema de destinazione del padre di famiglia*, en *Giurisprudenza italiana e la legge* (1947), 185.

(146) MESSINEO, *Le servitù* (Milano, 1949), 136.

Las doctrinas legalistas han tenido repercusión en España. CASTÁN (147) ha seguido las huellas de estos autores. En la citada sentencia de 3 de marzo de 1942, al ser magistrado ponente de la misma, ha sostenido que «dada la anterior base de hecho no atacada en forma por el recurso, resulta indudable que la Sala no vulnera ni roza la doctrina del artículo 536 del Código, pues muy lejos de dar su sanción a una nueva servidumbre no autorizada por título alguno, se ha limitado a reconocer una servidumbre de luces y vistas constituida legalmente». BORRELL (148), aunque incluye este modo constitutivo de las servidumbres en una subsección distinta y aparte de las legales, reconoce, en cierto modo, carácter legal a la servidumbre constituida por destinación, al denominar a tal modo constitutivo «constitución automática de las servidumbres». TRIAS DE BES (149), al hablar de los modos constitutivos de las servidumbres por la ley, dice «que este modo de adquirir existe para las servidumbres prediales y para las personales. En las primeras se crea la servidumbre por ministerio de la ley, cuando, existiendo signos de esta especie de derecho real entre dos fincas pertenecientes a un mismo propietario, al enajenarse una de ellas no se destruye aquel signo o no se renuncia expresamente a la servidumbre; en ambas hipótesis, la ley da por constituida la servidumbre expresada o revelada por medio de aquel signo». Igualmente, PUIG PEÑA (150) recoge la destinación como una adquisición de las servidumbres por presunción especial de la ley.

20. Doctrina de la concesión implícita.

Al hacer la reseña de la destinación en el Derecho inglés (151), veíamos cómo surgía por un especial modo de constitución de las servidumbres en el supuesto de que los dos fundos pertenezcan a un mismo propietario y posteriormente se enajene uno de ellos y exista una relación de hecho entre los mismos. Entonces se entiende que la servidumbre se constituye mediante concesión implícita (implied grant). Así lo entienden DÖLLE (152) y BUCKLAND (153), entre otros.

Esta doctrina tiene gran semejanza con aquel principio del Derecho romano, según el cual, los predios en la enajenación se

(147) CASTÁN, *op. cit.*, pág. 503. FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ DE QUIRÓS, como magistrado ponente de la Sentencia de 6 de enero de 1932, sostuvo que en el artículo 541 «el título aparece, por ministerio de la Ley, en presencia del acto de separación por virtud del cual las fincas dejan de estar en el mismo patrimonio...».

(148) BORRELL, *op. cit.*, pág. 198.

(149) TRIAS DE BES, en los comentarios a la obra de SERAFINI, *Instituciones de Derecho romano*, trad. esp. I (Barcelona, 1927), 438.

(150) PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 394.

(151) En nuestro estudio de *Información jurídica*, ya citado, pág. 912.

(152) DÖLLE, *Servitudes*, pág. 3. Cfr. ENNECERUS, *op. cit.*, pág. 41.

(153) BUCKLAND, *Roman Law of Common Law* (Cambridge, 1936), 108.

recibían *cum sua causa*, es decir, tal como se encontraban. También nos recuerda ciertas cláusulas de estilo adheridas y sobreentendidas en ciertos contratos típicos. Con esta teoría se logra fijar de una manera cierta las posibles interpretaciones de una voluntad indeterminada, tan sólo revelada por signos aparentes.

21. *Doctrina de la servidumbre en cosa propia o de propietario.*

La doctrina alemana y suiza admiten los derechos reales en cosa propia. Los derechos reales sobre cosa propia no son más que los derechos reales sobre cosa ajena (servidumbre, prenda, hipoteca, etc.), en los que, por una determinada circunstancia (venta, cesión, legado, etc.), el titular del derecho real limitado viene a ser titular del dominio sobre el que recae su derecho limitado. En efecto, el fenómeno de la confusión extintiva lleva, en ciertos casos, a consecuencias injustas, como lo hicieron ya ver los romanos, para el caso de que el acreedor hipotecario se convierta en propietario del fundo gravado. Cuando existían varias hipotecas y el acreedor o titular de una de ellas devenía por cualquier circunstancia propietario, se le concedía contra los acreedores posteriores una *exceptio* que desvirtuaba la *actio hypothecaria*, y, por otro lado, un derecho de ofrecer la cantidad reclamada (*ius offerendi*), con el objeto de paralizar el procedimiento ejecutivo o subrogarse en el puesto del acreedor preferente. La doctrina moderna no deja de advertir la misma dificultad.

Para Huber (154) «los derechos reales en la cosa propia se explican como parte del contenido de la propiedad que el propietario ha desprendido de su derecho y ha sustantivado, para satisfacer con esto una cierta necesidad económica. El orden jurídico le permite esta operación, que se explica cumplidamente con el derecho que como propietario le corresponde. Pero esta facultad se reconoce sólo en la medida que lo exigen las necesidades, según hayan sido reconocidas, y la ley decide cuando se da este caso. El pensamiento fundamental es general, limitándose, por el contrario, por la ley la posibilidad de extensiones, ya sea para prevenir errores, ya sea también porque la ley está en el camino que le señala la regla de que lógicamente no puede haber derecho en la cosa propia». Incluso en España, Jerónimo González (155) sostiene que «si un derecho real readquirido por el propietario le concede una ventaja económica de que el predio carece, la ley puede elevar una barrera jurídica que impida la amalgama de ambos derechos en todo lo necesario para evitar

(154) HUBER, *Los derechos reales en el Derecho privado suizo y los preceptos de forma en el Derecho privado suizo*, trad. esp. (Madrid, 1919), 54.

(155) JERÓNIMO GONZÁLEZ, *La hipoteca del propietario*, ahora en *Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil*, II (Madrid, 1948), 117; IGNACIO DE CASSO ROMERO, *La hipoteca del propietario*, 1915, y en *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad* (Madrid, 1946), 587; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, IV (Madrid, 1948), 66.

el perjuicio de quien obtuvo y goza de doble titularidad. Por este camino se llega a la constitución de derechos reales sobre cosa propia, derogando los principios romanos *nulli res sua servit, pignus suae rei consistere non potest*.

Más dificultad se ha encontrado para el reconocimiento de la servidumbre sobre cosa propia, como se hizo en el Código civil suizo (art. 733). Sin embargo, pareció conveniente tal constitución en algunos casos. Así la concibe Schmidt-Rimpler (156), por ejemplo, para el caso de una sociedad que adquiere en propiedad grandes porciones de terreno, que divide en parcelas y enajena estas sucesivamente para la construcción de casas con jardín o viviendas para obreros. Los adquirentes de cada parcela quedan obligados, en virtud de una cláusula de la escritura, a no edificar más que casas de cierta altura o de determinado número de pisos, a dedicar parte del terreno adquirido a huerta o jardín, etc. «Como medio racional—dice este autor—, para conseguir que dichas limitaciones sean consideradas como verdaderas cargas de carácter real, obligatorias para todo sucesivo adquirente de cada parcela, es necesario partir del supuesto de que éstas, cuando aún pertenecían en plena propiedad de la entidad enajenante, se hallaban ya entonces gravadas con las correspondientes y recíprocas servidumbres, de las que dimanaban las limitaciones en la facultad de disponer arriba enunciadas, que los adquirentes de las parcelas habrán de soportar». «Este resultado—continúa—obliga a admitir de una parte la existencia de una verdadera servidumbre predial a favor de la entidad propietaria de las diversas parcelas, es decir, sintetizando, a favor del dueño de ambas clases de predios dominante y sirviente, y como consecuencia de dichas recíprocas servidumbres, es forzoso reconocer asimismo a estos propietarios de ambas clases de predios, la facultad de adoptar por sí mismos cuantas disposiciones dimanen de las obligaciones y derechos inherentes a las servidumbres existentes entre los predios de su pertenencia». Schmidt-Rimpler, en referencia a los tratadistas que defienden la facultad que abreviadamente cabe denominar de la «automática adopción de disposiciones» (*Selbstbestellung*) como derecho de establecer servidumbres entre distintos terrenos de la misma pertenencia, cree que tal facultad debe reducirse a determinados límites. «Para afirmar de un modo categórico—dice—que el dueño de un predio, que ha venido a ser al propio tiempo titular de una servidumbre, que gravita sobre el mismo inmueble, puede adoptar disposiciones como titular de tal servidumbre, hemos de determinar previamente si el derecho de propiedad puede en algún caso conceder estas atribuciones. A primera vista hemos de reconocer que el derecho de propiedad, por sí mismo no concede en modo alguno la facultad al dueño de establecer sobre la cosa derechos limitados como el de ser-

(156) Véase FALKENSTEIN y HAUSER, *La servidumbre a favor del propietario*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, VI (1930), 14.

vidumbre a favor de sí mismo para anteponerlos en rango al de propiedad, que es el único que realmente posee. Tal atribución carecería, evidentemente, en absoluto de toda base científica y de equidad y, además, del más mínimo valor práctico. Mas si por cualquier motivo un derecho limitado viene a quedar carente de todo titular, nada obsta para que cualquier sujeto de derecho, y aun el mismo dueño de la finca, según hemos visto, pueda adquirir dicho derecho limitado (el de servidumbre, por ejemplo) y ejercer dentro del ámbito del mismo las facultades que le son peculiares. Sólo dos limitaciones deben reconocerse a esta facultad de autónoma adopción de disposiciones por parte del propietario a cuyo favor existe una servidumbre: que el ejercicio de dicha facultad dispositiva no debe resultar, en modo alguno, contrario a la moral y a los fundamentales principios de equidad, y que se halle basado en un interés justificado, el cual habría de permanecer, de reconocerse esta especial intensidad en favor del derecho limitado, irremisiblemente desamparado.»

La doctrina de la servidumbre en cosa propia tiene algún parentesco con aquella otra de los antiguos doctores del Derecho común, según la cual, distinguían entre servidumbre formal y servidumbre causal. Esta última era la que se establecía sobre cosas propias y que permanecía latente, ya que por el principio *ne-mini res sua servit* no podía ser considerada como tal. Pero la admisión de derechos reales en cosa propia se impone, según vimos, cuando el derecho real limitado concede facultades que no tiene el derecho de propiedad. Pero tal consideración jurídico-económica se elimina y reabsorbe para los derechos de goce como el de servidumbre, porque el derecho de propiedad abarca en mayor extensión las facultades comprendidas en dichos derechos y hace inútil su subsistencia. La servidumbre es un acto de dominio y como tal supone una facultad derivada e incluida en éste.

Por lo que se refiere al ejemplo que pone Schmidt-Rimpler, sobre la constitución de servidumbre por una sociedad al efectuar la parcelación de terrenos, no es necesario recurrir a la admisión de servidumbres constituidas con anterioridad a su enajenación. El establecimiento de las servidumbres que se quieran imponer se llevará a cabo mediante una cláusula en la que se establezca de un modo implícito (expreso o tácito) como condición necesaria para la adquisición de la finca o parcelas. La servidumbre surgirá en el momento de llevarse a cabo la enajenación y lo que antes existía no eran más que meros servicios inmobiliarios de organización previstos por la sociedad en virtud de la misión que se impuso cumplir (recreativa, deportiva, estética, social, etc.). La «autonómica adopción de disposiciones» que pretenden estos autores se deriva de un principio autoritario de organización social. Frente a un Derecho de carácter personalista repugna y carece de vigencia. Sólo las normas impuestas por el poder público tendrían tal alcance. En este caso las personas no harían

más que adherirse o no a lo establecido, su adquisición vendría condicionada al aceptar las cláusulas impuestas. A nuestro juicio, la sociedad, como propietaria y parte preponderante de la relación que se entable, puede imponer las servidumbres que crea convenientes con los contratantes siempre que las presida una idea de justicia y de orden social y con tal de que la otra parte las acepte.

22. *Conclusiones acerca de la naturaleza jurídica del acto de constitución de la servidumbre.*

El problema fundamental que se plantea en el artículo 541, según hemos observado al principio de este estudio, es determinar la naturaleza específica del título de su constitución. Debido a la ambigüedad de la expresión «título» del artículo 541 (157) nos preguntamos, ¿a qué clase de título alude?, ¿voluntario, legal? Su discriminación tiene gran trascendencia para el régimen jurídico (158). Si queremos observar la importancia práctica que tiene tomemos de la realidad un supuesto y, en forma esquemática, veamos lo decisivo que es el aceptar una u otra naturaleza.

Por ejemplo: *A* tiene dos fincas sobre las cuales establece un servicio de paso para dar salida a una de ellas que está enclavada y sin acceso a camino público. Enajenadas por *A* las fincas, una a *B* y otra a *C*, y reunidos los requisitos del artículo 541 sin haber establecido nada acerca de aquel servicio, al abrirse posteriormente un nuevo camino (privado o público) que permite a la finca enclavada de *B*, independientemente de aquel establecido por *A*, si *C*, visto esto, pretende eliminar el servicio establecido anteriormente por *A*, alegando en virtud del artículo 568 que *B* posee ya una salida directa, ¿prosperará la acción de *C* contra *B*?

La solución y el alcance son distintos según se considere la destinación como modo voluntario o legal de constitución. Al ser la destinación un modo legal de constitución, viene equiparada e identificada entonces con el supuesto de finca enclavada. Si la ley es causa de su origen, lo es también de su desarrollo y extinción, y, por tanto, cuando uno de sus preceptos lo prescriba (el artículo 586 para el caso concreto que exponemos de ejemplo)

(157) En el artículo 541 encontramos dos acepciones respecto del título: al referirse al modo de adquirir (cuando dice «como título», al igual que por título lucrativo u oneroso, por título hereditario, por compra, donación, según los artículos 433, 442, 447, 480, 493, 660, 811, 968, 1.396, 1.401, 1.413, 1.617, 1.618, 1.644, 1.807 y 1.952), o al documento en que consta la adquisición (al decir «se exprese lo contrario en el título de enajenación» como presentación o exhibición del título, títulos de dominio, de pertenencia, según los artículos 385, 386, 387, 396, 408, 606, 1.065 y 1.066).

(158) Tan diversa es la función que desempeñan que, con VIRGILI SORRIBES, *Hereditario forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XXI (1945), 485, sostenemos que la distinción que recoge el Código civil entre «servidumbres legales» (que la doctrina ha demostrado que ni son servidumbres ni son legales) y las denominadas «servidumbres voluntarias», es impropia, pues tenemos que denominar a las primeras «limitaciones del dominio», y a las segundas «servidumbres».

operará su eficacia. En este caso, la pretensión de C prosperará, puesto que al ser la ley quien constituye la destinación, es también la ley, para el supuesto de finca enclavada, quien ordena su extinción. El artículo 568 surtirá sus efectos y el servicio de paso anteriormente constituido se extinguirá.

Muy diferentes son los efectos si consideramos la destinación como modo voluntario de constitución de la servidumbre; se origina, entonces, mediante título voluntario. El acto de la destinación y el acuerdo tácito de las partes en el momento de la enajenación engendra una servidumbre tan sólo revocable mediante otro acuerdo voluntario. La pretensión de C será ineficaz, puesto que, si bien se dan dos fenómenos en este mismo supuesto, son a la vez diferentes e inconfundibles. Es más, el efecto predominante de la destinación absorbe al de finca enclavada. El servicio creado por A, mediante la destinación, se transforma, al efectuarse la enajenación, en servidumbre que B tiene contra C. La pretensión posterior de C es inoperante. Existe un título mejor, más favorable para B, mediante el cual, la servidumbre se constituye. Entonces la servidumbre no depende de la ley, de su régimen jurídico legal, sino del título voluntario o acuerdo tácito entre el destinante y el nuevo propietario. Según podemos observar, el problema tiene una gran trascendencia y un alcance práctico decisivo. De considerar la servidumbre como legal o voluntaria se siguen diversas consecuencias en la aplicación de uno y otro régimen jurídico.

Los Tribunales, en su práctica diaria, aplican el precepto del artículo 541 de un modo mecánico. Dados los supuestos en él establecidos, la adecuación es inmediata. Ellos no suelen señalar el alcance y contenido de la servidumbre que surge mediante este modo. Ultimamente, el Tribunal Supremo, en la mencionada sentencia de 3 de marzo de 1942, ha intentado expresar la extensión y modo de ejercicio de las servidumbres originadas por este modo constitutivo, teniendo en cuenta «ante todo y según resulta del texto combinado de los artículos 598 y 541 del Código civil, el título de constitución, tal como plasma en el estado de hecho que ha dado nacimiento a la servidumbre en relación con la intención del propietario que haya creado ese estado de cosas». La expresión de este considerando parece clara en cuanto a la destinación supone una constitución voluntaria de la servidumbre. Pero a continuación, el considerando siguiente de la sentencia nos dice que «se ha limitado a reconocer una servidumbre de luces y vistas constituida legalmente». Ante esta doble afirmación, ¿cuál es en realidad la posición y actitud de la sentencia respecto al carácter voluntario o legal de este modo constitutivo? La sentencia revela así un criterio oscilante y contradictorio que no satisface para una conclusión clara y determinada. El supuesto aquí considerado parece participar de ambas soluciones sin saber a cuál

atenerse, y lo que es más peligroso, sin saber precisar para nuevos casos un camino seguro y decisivo en su determinación.

Las razones que aducimos para la consideración voluntaria del título contenido en el artículo 541 pueden ser de dos órdenes: topográficas o de colocación y analíticas o de interpretación.

En cuanto a las primeras, vemos cómo el artículo 536 del Código civil expone, con un carácter didáctico, las diferentes clases de servidumbres que pueden establecerse sobre las fincas. «Las servidumbres—dice—se establecen por la ley o por la voluntad de los propietarios. Aquéllas se llaman legales y éstas, voluntarias.» Es decir, que este artículo trata de los modos de constitución a diferencia del artículo 537, que regula los modos de adquisición de las servidumbres, y, según el cual, «las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud del título o por la prescripción de veinte años».

El artículo 541 viene encajado bajo el mismo epígrafe del artículo 537, es decir, en el «de los modos de adquirir las servidumbres» de la sección segunda, del capítulo I, del título VII, del libro II del Código civil. Que se considere como modo de adquisición y no de constitución es debido a que desde el plano de la legislación positiva la relación interesa no tan sólo desde el punto de vista objetivo, es decir, de la constitución, sino desde el punto de vista subjetivo, o sea, de la adquisición. La diferencia, pues, se presenta al observar que la doctrina concibe el artículo 541 como un modo de constitución de las servidumbres mientras que nuestro Código lo coloca entre los modos de adquisición. Terminológicamente «constituir» no es equivalente a «adquirir». La constitución supone acción de engendrar, de dar vida a una relación jurídica. La adquisición es el medio de apropiarse una cosa o un derecho, esto es, poseerlo, lograrlo o conseguirlo. La adquisición se proyecta sobre una cosa que ya existe, pero que queremos que sea nuestra. Hay, por tanto, una diferencia entre ambos conceptos. La constitución supone un acto normativo en cuanto que el que opera es elemento coadyuvante en el proceso de creación del Derecho. La adquisición es la consecuencia de la constitución, es el aspecto subjetivo por el que, en virtud de la constitución, se entra en la posesión de un derecho. Como al legislador le interesa más destacar el predominio de la atribución de los derechos, su faceta subjetiva, de ahí que nos incluya el artículo 541 dentro de los modos de adquisición de las servidumbres. Pero es más, en el artículo 541 la constitución y adquisición de la servidumbre se produce de un modo simultáneo. Al equipararse por este artículo el signo aparente al título, queda encuadrado dentro de uno de los modos constitutivos del artículo 536, y, al ser igualmente el título tácito el medio de transmisión de la servidumbre, viene regulado dentro de los modos de adquisición de las servidumbres que el artículo 537 prescribe.

En cuanto a las razones de interpretación, observamos igual-

mente cómo la naturaleza de la destinación, según el artículo 541, es convencional. Así lo demuestra al expresarse que «la existencia de un signo aparente de servidumbre se considerará... como título», es decir, como acuerdo de voluntades. Ahora bien, como la destinación, el establecimiento de un servicio entre las fincas propias se realiza de un modo tácito, resulta que su existencia la hace un tanto imprecisa y que tan sólo se revele mediante la apariencia de los signos. La importancia y el alcance jurídico que tienen estos servicios o relaciones inmobiliarias procede del idéntico contenido de hecho que tienen con la servidumbre. Por eso el ordenamiento, siempre atento a la justicia y armonía de las relaciones, se erige para reglamentarias. El legislador concluye, entonces, el artículo 541 mediante el recurso técnico de la ficción. Pero si es cierto que es la ley la que tiene que declarar y equiparar la naturaleza voluntaria del acuerdo por medio de un recurso técnico-jurídico, existe, en este caso, una diferencia de matiz bastante importante entre la ficción aquí empleada con las demás clases de ficciones y, en especial, con las constituidas por la ley. El fondo jurídico que sanciona la ficción en la destinación es muy probable o casi cierto, es decir, de hecho pudo existir o existió la intención de la constitución, ya que la apariencia del servicio y de los actos concluyentes realizados por el propietario son una manifestación bastante clara que ha de ser tenida en cuenta por el ordenamiento (159). Y así sucede: el artículo 541 no viene más que a señalar el criterio a seguir en estos casos que pudieran ocasionar controversias, dada la especial contextura que la destinación encierra. Aquí la ley no cumple más función que la de decidir, sancionar y dar vigencia a algo que ya existía de por sí, pero que era conveniente ordenar expresa y rotundamente. Con la ficción, el legislador cree resolver varios problemas entonces debatidos. Uno es el que señalamos respecto de la polémica en torno a los artículos 692, 693 y 694 del *Código civil* de Napoleón. Elimina la antítesis allí surgida. Otro problema que suprime es el de la propia naturaleza de la institución respecto de la indeterminación del signo aparente como declaración de voluntad. Al querer abreviar en un solo artículo la institución, la equiparación del signo al título no podría realizarse de otro modo sino con éste de la ficción. Además, precisamente mediante la formulación legal imperativa pudo introducirse y adecuarse un supuesto desconocido en la historia de nuestra práctica jurídica.

Sería incongruente e inútil el empleo de la ficción si el artículo 541 se refiriese a un modo legal de constitución, pues le hubiese bastado tan sólo proclamarlo directamente sin necesidad de referirse al título. Por el contrario, vemos que es la misma fic-

(159) Sobre los *facta concludentia*, véase VON TUHR, *Parte general de Derecho civil*, trad. esp. (Madrid, 1927), 116; OERTMANN, *op. cit.*, pág. 227; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español. Obligaciones y contratos* (Madrid, 1946), 21; CASTÁN, *op. cit.*, t. I, pág. 678.

ción del artículo 541 la que pretende que la destinación tenga un carácter convencional, que sea un modo voluntario de constitución de las servidumbres. Es decir, que la ley es el medio por el cual se fija la consideración de título al signo aparente, dada la indeterminación que supone, y que sea título voluntario. El que se utilice la ley para proclamar concretamente el carácter voluntario de una institución no quiere decir que su naturaleza sea la de la propia ley, sino la que ella le impone. De aquí la confusión que se produce en la doctrina y, especialmente, en algunos de nuestros autores, al tratar de decidir qué régimen jurídico ha de seguir la destinación.

Que el artículo 541 se refiere al título voluntario y no al legal es claro, pues en vez de manifestar que se considerará como título diría «es título». Tampoco requeriría como presupuesto que el signo fuese establecido por el propietario de ambas, pudiendo referirse tan sólo al signo aparente de servidumbre entre dos fincas y no expresar, según hace, que hubiese pertenecido al mismo propietario. Además, en apoyo de la tesis voluntarista, diremos que la ley mediante el artículo 541 lo que hace es conceder a los dueños de determinados predios el derecho de gozar de servidumbre sobre otros, pero no imponerlo, pues depende de la parte dominante aceptarla o no. El propietario es quien origina y quiere el establecimiento del servicio así como la voluntad del nuevo adquirente es quien la confirma en el momento de la enajenación, al no oponerse con una declaración en contra acerca del servicio establecido. La voluntad en el primero es bien patente al exteriorizarse mediante la realización del servicio, por la conservación de los signos aparentes, la continuidad y permanencia que mantiene hasta el momento final. Todos estos elementos de juicio son una prueba bien concluyente. El hecho de no establecer nada en contra acerca de un servicio exteriorizado y aparente, que puede supervalorar o deprecia el inmueble objeto de la enajenación, es de por sí relevante para ver y deducir el mutuo acuerdo entre las partes acerca del mismo, según la cláusula de autonomía que inserta el artículo 541.

De la Jurisprudencia también extraemos consecuencias importantes para confirmar el carácter voluntario. Aunque son pocas las sentencias que aluden directa y expresamente a la servidumbre creada de este modo, siempre es posible deducirlo en todas ellas. Así, la sentencia de 10 de enero de 1883 sostiene que las servidumbres se constituyen por pacto «no sólo el que se constituye por consentimiento expreso, sino también por el tácito, y éste existió a juicio de la Sala, en favor de la servidumbre al partirse la finca...». Y más adelante expresa «que no es un derecho ganado por el uso, sino en fuerza del convenio realizado al partirse la finca». Igualmente, la sentencia de 24 de mayo de 1933 establece que «ateniéndose al pacto celebrado en el momento de separarse

la propiedad de dos fincas, no se infringe el artículo 541 del Código civil...».

En general, cuando las sentencias dicen que «se entienden subsistentes las servidumbres» y «no estipularse nada en contrario» indican el pacto tácito sobreentendido.

Con expresión que no da lugar a dudas, confirma el carácter voluntario de la destinación, en otro plano inferior, la sentencia de 14 de marzo de 1946, dictada por la Audiencia territorial de Valencia, según la cual, «la Sala estima plenamente acreditado que existe de hecho y de derecho una servidumbre voluntaria, continua, aparente de luces y vistas».

Para concluir, respecto de la naturaleza jurídica de la destinación, podemos decir que la norma del artículo 541 debe ser incluida en las instituciones jurídicas fundadas en consideraciones de conveniencia más que sobre principios de equidad natural, es decir, en las necesidades de la vida social. Más exactamente, como dice Grosso (160), la destinación del padre de familia supone un punto de enlace entre la realidad económica y la construcción jurídica.

La justificación de la destinación está en gran parte en la apariencia del servicio. La apariencia crea una opinión, mantiene una creencia y valora una situación. La apariencia origina una buena fe en la conciencia de los terceros acerca del estado en que se encuentran los inmuebles, y el que no responda al verdadero contenido de la expresión o signo que aparece los defrauda y perjudica con enorme lesión de sus intereses. Si el legislador no amparase estas situaciones sería fácil que cualquiera se permitiera en sus inmuebles aparentar instalaciones y servicios para resultar que más tarde carecerían de valor y existencia. El fin ambicioso de mejor venta, sobreprecio o simple fraude, acarrearía a un desequilibrio y a una mala fe en las relaciones. De ahí que se tenga en cuenta el valor de la apariencia y todas sus consecuencias, mientras no exista una manifestación en sentido contrario. Es más, la fijez de estas relaciones de alcance jurídico se hace necesaria. Así, pues, la apariencia de una relación, de un estado de hecho como servidumbre obliga al legislador a tomar una posición y a resolver la duda que puede engendrar, ya de un modo afirmativo o negativo. Pero como determinarse por uno u otro modo absoluto supondría negar las facultades de libre disposición que todo propietario tiene, de ahí que resulte la fórmula combinada y flexible que emplea el artículo 541 y que, concretamente en este sentido, tenemos que ponderar.

(160) GROSSO. *La destinazione del padre di famiglia ai margini tra realtà economica e costruzione giuridica*, en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto sociale*, II-5-7 (Pisa, 1940), 109. Para ROCA SASTRE, *op. cit.*, t. III, pág. 353, n. 4, la destinación del padre de familia llega a ser la máxima concesión facilitada por *deductio* en la constitución de las servidumbres.

II.—REGIMEN JURIDICO DE LA DESTINACION

23. *Nacimiento y prueba de la servidumbre constituida por destinación.*

Dada la naturaleza de la destinación como acto complejo concursal (161), por los varios presupuestos de que está compuesta, es necesario señalar concretamente en qué momento surge la constitución de la servidumbre. La cuestión es mucho más sugestiva, en cuanto que la expresión del artículo 541 del Código civil, en este punto, es oscura o, mejor dicho, contradictoria. El artículo nos dice «para que la servidumbre continúe activa y pasivamente». Entendido así, más parece un modo de continuación de las servidumbres que un modo de constitución. ¿Cómo va a crearse o constituirse una servidumbre que continúa? El contrasentido no puede ser mayor. Los autores corrigen tal expresión (162). Como dice Roca Sastre (163), «el supuesto del artículo 541 del Código civil, que alguien califica de servidumbre de propietario, no constituye ningún caso de derecho real en cosa propia, pues la servidumbre predial constituye una situación de servicio entre dos fincas, cuyo servicio de carácter económico en el fondo pierde su configuración jurídica cuando predio dominante y sirviente se reúnen en un mismo titular, continuando únicamente de hecho la servidumbre». La situación de hecho, el servicio inmobiliario creado por el propietario único, es el punto de partida y el que ha de tener trascendencia jurídica. Pero este punto de partida no

(161) Para un estudio detallado de la naturaleza del acto complejo, véase GASPARRI, *Studi sugli atti giuridici complessi* (Pisa, 1939). Según este autor, el acto complejo consiste en «aquellos actos complementarios que tienen la misma causa, en cuanto los actos que allí concurren son considerados igualmente necesarios para producir el resultado jurídico que, en cuanto constituye el interés de la modificación jurídica, es común a aquellos actos».

(162) Para CASTÁN, *op. cit.*, pág. 503, el Código incurre aquí en una impropiedad técnica de lenguaje: igualmente, en el comentario que hace a la Sentencia de 4 de julio de 1925, en *Revista de Derecho privado*, 13 (1925), 253. También COMAS, *op. cit.*, pág. 511, dice que «en realidad es más bien título de adquisición la constitución de las mismas, pero no su continuación». Otros autores ven con acierto que la expresión del artículo 541 no se refiere concretamente a la continuación de la servidumbre, sino a la continuación del anterior estado de hecho o de servicio. Así, NAVARRO AMANDI, *op. cit.*, pág. 287; MARRASA, *op. cit.*, pág. 583; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 640; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en los comentarios a ENNECERUS, *op. cit.*, pág. 46, y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 39. Para DE BUEN, *La teoría de la relación jurídica en el Derecho civil*, en *Libro-Homenaje al Prof. D. Felipe Clemente de Diego* (Madrid, 1940), 105, n. 16, la expresión de que la servidumbre continúe, «implica que antes existía, pues si no, no podría continuar. Aunque las expresiones parecen una inadvertencia, revelan en realidad la fuerza de un hecho que se sobrepone al convencionalismo legal».

(163) ROCA SASTRE, *op. cit.*, t. IV, pág. 67, n. 1.

coincide con el momento de constitución de la servidumbre. Es la servidumbre un derecho que a través de las cosas tiene una persona frente a otra para la prestación de una utilidad. Quien satisface esa utilidad mediante un derecho de dominio no exige nada, sino que cumple la función normal del mismo. De aquí que la servidumbre no surja hasta que falte ese poder de dominio.

La servidumbre, entonces, no es más que un acto de dominio que la persona tiene sobre un predio que no es de su propiedad. El derecho de servidumbre se proyecta sobre un inmueble ajeno, de ahí que su concreción empírica venga reflejada mediante el carácter de inherencia real. Los fundos son los objetos inmediatos de la relación entablada. Así, los fundos adquieren, en cierto modo, una personalidad, aunque la relación que se establece entre ellos y la ventaja y el fin que se reportan no sean más que en favor de las personas, del hombre. Es decir, entre los predios se entabla una relación objetiva, puesto que la relación subjetiva sólo puede establecerse entre las personas. Ahora bien, dentro de la relación objetiva cabe que veamos una personalización de la misma, en la cual, los sujetos de la relación inmediata son los fundos (164). Se habla, entonces, de las ventajas que un fundo puede reportar a otro, de las pretensiones del fundo dominante y de las obligaciones del fundo sirviente.

Nada obsta para que el propietario entable esta relación objetiva entre predios de su misma pertenencia en virtud de su derecho de dominio. Ahora bien, cuando pasan a diferente dominio si nada se ha dicho acerca de la relación, pudiendo haberlo suprimido, la voluntad tácita es afirmativa, no sólo por deducción concluyente, sino por la utilidad del servicio. El contenido económico pesa aquí tanto como el jurídico; informa al servicio de una aptitud, de una potencialidad que el ordenamiento considera y tiene en cuenta. La importancia del estado de hecho creado por el propietario se hace patente en el acto de separación. Es el momento de la enajenación, de la separación del dominio, el instante desde el cual surge una pugna de intereses contrapuestos y en el que las exigencias derivadas de los predios entre sí no pueden hacerse valer por el mismo derecho de propiedad que existía entre ellos, sino por otro distinto. El nuevo poder por el que se pueden exigir las pretensiones surgidas es el derecho de servidumbre. Pero como la concesión de este poder en la des: nación se realiza de un modo tácito, parece que se hace difícil precisar el momento y la propia concesión. Si en realidad pensamos que desde el instante de la enajenación las partes en virtud de su libertad jurídica pueden adquirir los predios como

(164) No obstante, al hablar en este sentido figurado, no hemos de traspasar ciertos límites y tendremos siempre presente esta argumentación para salvar los equívocos que serían perniciosos en la doctrina. Tal ocurre con aquellas teorías que aceptan como sujeto de las relaciones jurídicas a las cosas.

bien les convenga, nada se opone a su manifestación en contrario. ¿Por qué en este supuesto implica afirmación y no negación la declaración tácita? Ante todo, por el principio que dice: el que calla no dice nada y si algo quiere decir—como sucede en este caso con los signos aparentes—supone una afirmación, puesto que el que calla debiendo hablar y no habla se interpreta y entiende que afirma en aras de la buena fe (*qui siluit quum loqui debuit et potuit, consentire videtur*) (165). El objeto del Derecho es la estabilidad de las relaciones y la delimitación de poderes, así como el cumplimiento de ciertas obligaciones (166). Ante la destinación, el artículo 541 concreta y dice: «La existencia de un signo aparente de servidumbre... se considerará, si se entajenare una, como título para que la servidumbre continúe». Es decir, como acuerdo de voluntades para que el servicio continúe y la servidumbre venga establecida, si nada se dijo en contra o se hicieron desaparecer los signos.

Se ha dicho por la doctrina extranjera (167) que la destinación era una institución de naturaleza probatoria. Sin llegar a la consideración de la destinación como un prueba en sí, la prueba es el medio fundamental por el que adquiere vigencia. Por lo que se refiere al artículo 541, la prueba consiste y comprende los límites en él señalados. Para su constatación es válido cualquier género de prueba de los admitidos en derecho (reconocimiento judicial, confesión, testigos, documental, etc.). Es evidente, como observa Simoncelli (168), que la destinación, no teniendo necesidad de acto escrito, no precisa su inscripción en el Registro para hacerla valer contra terceros, puesto que la apariencia es el índice de su publicidad. El mismo criterio, aunque en cierto modo referido a las servidumbres inmemoriales, lo confirma nuestro Tribunal Supremo en las SS. de 13 de julio de 1885, 31 de marzo de 1892, 11 de enero de 1895, 5 de abril de 1898, 31 de marzo de 1902 y 7 de noviembre de 1911, donde se establece que «no puede atribuirse el carácter de tercero para los efectos de los artículos 2, 13, 23, 25 y 27 de la Ley Hipotecaria (de 1861), conforme a la doctrina constante del Tribunal Supremo, al que ad-

(165) Sobre el valor del silencio como declaración de voluntad, véase las Sentencias de 25 febrero 1928 y 24 noviembre 1943. En la doctrina: SIMONCELLI, *Il silenzio nel Diritto civile* (1897), y ahora en *Scritti giuridici*, I (Roma, 1938), 551; PEROZZI, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, en *Rivista di Diritto commerciale*, I (1906), 509; DE DIEGO, *El silencio en el Derecho*, Madrid, 1925; POPESCO RAMNICEANO, *Le silence createur d'obligations et l'abus du droit*, en *Revue trimestrielle de Droit civil*, XXIX (1930), 999; TESAURO, *Il silenzio e l'omissione nella teoria degli eventi giuridici*, en *Studi Cammeo*, II (Padova, 1933), 535; MAGNI, *Il silenzio nel Diritto canonico*, en *Rivista di Diritto privato*, IV (1934), 50 y 113; AMÍLCAR A. MERCADER, *El silencio en el proceso*, en *Estudios de Derecho procesal de Hugo Alsina* (Buenos Aires, 1946), 469.

(166) Para un estudio concreto, véase CARLO MAIORCA, *L'oggetto dei diritti* (Milano, 1939).

(167) Véase especialmente FAUGERE, *op. cit.* pág. 87.

(168) SIMONCELLI, *op. cit.* pág. 115.

quiere bienes gravados con servidumbres legítimamente, respecto de cuya existencia, por revelarse mediante signos ostensibles e indubitados, no puede dudarse, aunque no estén especialmente inscritos en el Registro, porque en tal caso, y siendo manifiesto y no oculto el gravamen, falta por entero la razón en que los indicados preceptos legales se fundan, como ocurre cuando las servidumbres consisten en acueductos o acequias permanentes construídos en el predio sirviente, por las cuales discurre el agua que de tiempo inmemorial utiliza el predio dominante y que por ser de naturaleza continua, aparente y visible no pudieron permanecer ignoradas».

24. *Contenido y ejercicio de la servidumbre constituida por destinación.*

Ni el artículo 541 ni ningún otro del Código civil nos dice nada acerca de la extensión y límites del ejercicio de la servidumbre constituida por destinación. El artículo 541 tan sólo equipara el signo aparente al título. Por lo tanto, el signo aparente es el que nos puede decir algo, el que nos ha de revelar en qué términos se realiza la servidumbre. Pero creemos insuficiente el signo aparente en la mayor parte de los casos, por lo que hay que recurrir a otros medios, cual es la intención del anterior y único propietario y su modo de ejercicio. Con tal criterio fué dictada la sentencia de 3 de marzo de 1942 que expresa rectamente en uno de sus considerandos lo siguiente: «Es lo cierto que para determinar la extensión y modo de ejercicio de las servidumbres así creadas ha de tenerse en cuenta, ante todo, y según resulta del texto combinado de los artículos 598 y 541 del propio Código, el título de constitución, tal como plasma en el estado de hecho que ha dado nacimiento a la servidumbre, en relación con la intención del propietario que haya creado ese estado de cosas.» (169). He aquí, pues, reflejada la importancia e influencia decisiva del acto o conjunto de actos de destinación ejecutados por el propietario. En cierto modo, también se deduce de la propia expresión del artículo 541 al decir «para que la servidumbre continúe activa y pasivamente». Se refiere, según vimos ya, a la continuación del anterior estado de servicio. Si ha de continuar la relación anterior no cabe duda que viene referida a la amplitud que entonces tenía. Tal sentido viene confirmado por el Tribunal Supremo (aunque las sentencias digan «subsistentes las servidumbres»

(169) La Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de mayo de 1909 manifiesta «que la defectuosa insinuación de la voluntad de los contratantes no puede ser suplida a los efectos del Registro por manifestaciones del Notario, sobre todo en lo referente al modo y forma de entrada, que, como signo aparente de servidumbre, podía estar comprendido en el artículo 541 del Código civil».

en vez de subsistentes los servicios) en las SS. de 7 de junio de 1883, 20 de diciembre de 1884, 21 de octubre de 1892, 7 de febrero de 1896, 31 de marzo de 1902, 6 de febrero de 1904, 5 de abril de 1906, 7 de enero de 1920 y 6 de enero de 1932.

25. *Extinción de la servidumbre constituida por destinación.*

Los modos de extinguirse las servidumbres constituidas por destinación son los prescritos en el título voluntario y, en general, los enunciados en el artículo 546 del Código civil.

Hay que señalar, en cuanto al párrafo de este artículo, que al admitir nuestro Código la doctrina del dominio dividido, hace posible la constitución de servidumbres temporales (art. 596) y, *a sensu contrario*, la posibilidad de que las servidumbres se constituyan de modo permanente (véase la S. de 8 de mayo de 1947). Nada obsta, pues, para que exista una servidumbre temporal por destinación, si la propiedad fuera temporal o condicional. Así sucede en los derechos de enfiteusis y superficie; la servidumbre se mantiene durante el lapso de tiempo en que permanezca dividido el dominio y se extinguirá cuando tal derecho muera.

En cuanto al modo referido en el párrafo primero, «por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente», tenemos que advertir que supone un retorno al estado primitivo, a la pertenencia de los inmuebles al mismo propietario, y que, entonces, la «relación de hecho» subsistirá en el caso de que continúe usándola o manteniéndola el único propietario. Desaparecerá tan sólo por destrucción de los signos aparentes o por la manifestación contraria que realice en la nueva enajenación, pues la confusión no es causa de extinción, sino más bien supuesto de su origen.

E P I L O G O

Los autores, según vimos, han hablado de la imprecisión y poca corrección gramatical del texto del artículo 541. Igualmente, se ha sostenido la necesidad de una revisión y de una nueva redacción. Tan sólo Comas (170), en su Proyecto de reforma del Código civil, ha intentado una mejor expresión del artículo. Este, que corresponde al 1.413 de su Proyecto, dice así: «La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido o conservado por el dueño de ambas, se considerará como título constitutivo de la servidumbre siempre que el dueño de alguna de dichas fincas sea distinto del de la otra, a no ser que al tiempo de separarse el dominio de ellas se establezca expresamente lo

(170) COMAS. *Proyecto de reforma del Código civil español* (Madrid, 1900., 108.

contrario o se haga desaparecer aquel signo antes de formalizar dicha separación.»

El artículo 541, así expresado, nos parece acertado, aunque podríamos aquilatar un poco más en su redacción, de acuerdo, concretamente, con la naturaleza voluntarista que hemos defendido. Por lo tanto, proponemos la redacción siguiente: «La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido o conservado por el propietario de ambas, equivale al título de una servidumbre voluntaria, siempre que se produzca la separación del dominio de ambas fincas, a no ser que al tiempo de tal separación del dominio de ellas no se establezca lo contrario o se haga desaparecer aquel signo antes de producirse dicha separación.»

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Clases de frutos en el Código civil

CIRILO MARTIN-RETORTILLO

Abogado del Estado

Varias son las clases de frutos que nuestro Código civil admite, cuyos efectos jurídicos son distintos teniendo en cuenta la especial condición de los frutos de que se trate. Como luego veremos, las clases de frutos se determinan por varios motivos, siendo de mayor interés una clara determinación de cada uno de estos grupos por las diversas consecuencias jurídicas que a cada uno corresponde.

Por esta razón es interesante—lo es mucho—desde el punto de vista profesional puntualizar con la exactitud debida las características específicas de cada una de esas clases de frutos, para determinar en cada caso los efectos jurídicos correspondientes a la índole y especial situación de los frutos de que se trate.

Nuestro Código civil, en su artículo 354, consagra la clásica división tripartita que de los frutos venía haciéndose, en *naturales*, *industriales* y *civiles*. En el artículo 355 hay un conato de definición de lo que son los frutos naturales: considera tal «las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás producciones de los animales», y como frutos industriales comprende «los que producen los predios de cualquier especie a beneficio del cultivo o del trabajo».

En cambio, respecto a los frutos civiles, ni siquiera intenta definirlos: se limita a una enumeración, al establecer en el párrafo tercero del citado artículo 355 que «son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierra y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas».

La clasificación tripartita que nuestro Código recoge corresponde al momento político en que se promulga nuestro Código, con una economía simplista esencialmente agraria, más exactamente rural, por lo que estimamos injustificados los reproches y censuras que la crítica moderna le ha dirigido. Era un momento de exaltación política, con una base individualista exageradísima, en el que apenas se sentía la solidaridad nacional, y casi casi nadie se atrevía a hablar de los deberes sociales, de la fun-

ción social y demás causas limitativas de los derechos subjetivos que en la Convención francesa se habían consagrado como absolutos e ilimitados. Estaba en moda y predominaba en aquel entonces un absentismo cortesano, y con ausencia total de una orientación de la economía nacional, el régimen jurídico para el cultivo de la tierra se vació sobre un molde de rabiosa libertad. Así las cosas, no nos debe extrañar que en aquel entonces se le diera alguna categoría, alguna consideración «a las producciones espontáneas de la tierra», que hoy ya no cuentan casi en las economías individuales, y menos en la economía nacional, y casi con ese calificativo que denota la máxima decadencia en la técnica a las crías y demás productos de los animales.

Junto a estas producciones espontáneas de la tierra y de los animales, admitió nuestro legislador otro grupo, el de los llamados frutos industriales, que eran los que se obtenían de las cosas «a beneficio del cultivo o del trabajo», expresión que ciertamente no es un modelo de claridad y de concreción, puesto que mejor hubiera sido definirlo diciendo que se consideraban frutos industriales los que se obtienen de las cosas con el auxilio del trabajo del hombre, ya que, en definitiva, no es otra cosa que trabajo rectamente distribuido y dirigido por el hombre la causa productora de los mismos.

«Pocos serán—decía don Benito Gutiérrez (1)—los frutos que no requieran alguna cooperación por parte del hombre: pero los hay que nacen espontáneamente.» Seguían nuestros tratadistas apegados a una concepción meramente orgánica, magníficamente recogida en las Partidas, cuando nos hablan de *los frutos que fuessen de tal natura, que non rriessen por laour de homcs, mas por si los diesse la heredad; assi como peras o mançanas, o cerezas, o nuezes, o los frutos semejantes destos, que han los arboles por si naturalmente, e sin laour de ome* (2). El legislador de nuestro Código civil, obediente a esa tradición e impresionado, sin duda, por el predominio de una economía típicamente ruralista, al clasificar los frutos, en vez de haberlo hecho de una manera sistemática y científica, lo hace con un criterio simplista meramente orgánico y comprende dentro de la denominación de frutos naturales, que en principio debiera abarcar, todo, absolutamente todo lo que las cosas dan, como oposición a la concepción de frutos civiles, una porción exigua hoy de mínimo interés, cuales son las producciones espontáneas de la tierra. El fruto natural, según el Código, se limita a lo que la tierra y los animales dan por su ser natural, o lo que la tierra, por su sola fuerza productora, da, o a lo que las distintas especies animales, en su función reproductora, crían. Criterio tan estrecho reduce de tal forma el ámbito de los

(1) *Códigos o Estudios fundamentales*, Madrid, 1874, tomo II, pág. 42.

(2) La influencia del Derecho romano es muy acusada en este punto. Vide *Digesto*, lib. 7. tit. 1. ley 48. párr. 1: *item foerum immaturum coesum in fructu est*.

frutos naturales que casi, casi no merece la pena de ocuparse de ellos por referirse a muy limitadas producciones que apenas contenido económico tienen.

Si nos concretamos a los frutos agrícolas que pudieran comprenderse dentro del grupo de los naturales, fácilmente comprenderemos que apenas se dan actualmente. Basta que escojamos alguno de los cultivos que en su artículo 21 enuncia la Instrucción de 25 de junio de 1914 para el régimen de la contribución rústica, y por vía de ejemplo mencionaremos los siguientes:

En tierras cultivadas de regadío: Hortalizas, plantas industriales, prados artificiales, cereales, leguminosas, tubérculos, vides, naranjos y análogos, avellanos, manzanos, almendros, castaños, olivos, frutales, etc.

En tierras cultivadas de secano: Cereales, leguminosas, plantas industriales, vides, olivos, almendros, algarrobos y otros árboles.

La enumeración anterior, que tomamos de un precepto legal promulgado en 1914, comprende la mayor y más valiosa producción de la tierra. ¿Qué queda fuera de ella? ¿Es posible hablar de producción espontánea de la tierra? Ello significaría una regresión de siglos con desprecio de los progresos técnicos de la agricultura en sus diversas ramas, y un olvido de esa tan generalizada cláusula en los contratos de arrendamiento rústico, síntesis y compendio de un ansia de progreso agrícola cuando consigamos que la tierra se cultivará «a uso y costumbre de buen labrador».

¡Producción espontánea de la tierra! ¿Para qué hablar entonces de selección de semillas, de la desinsectación de las mismas, de la rotación de éstas, de la poda, injertos, de los regadíos, de los abonos y de tantas y tantas labores que el hombre, afanoso y diligente, realiza en los campos para vencer la hostilidad de la propia naturaleza hasta lograr deje de ser madrastra y asegurar un rendimiento compensador mediante esos frutos, que la tierra, en un maridaje fecundo con el trabajo humano, siquiera sea en la dirección y ordenación del mismo? (3).

Tal era la concepción imperante al elaborarse nuestro Código civil. El Diccionario Escriche, que tanta divulgación alcanzó, enumera entre los frutos naturales «los frutos de los árboles, aun de aquellos que han sido plantados por la mano del hombre, porque una vez hecha la plantación vienen los frutos naturalmente, sin cultivo». Y en la célebre Circular doctrinal de la Dirección General de Contribuciones de 16 de diciembre de 1878, que alcanzó fama de ser una de las mejores, refiriéndose a la valoración

(3) Esa obsesión ruralista inspiró sin duda la Sentencia de 7 de enero de 1927 de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, en la que, interpretando el artículo 521 del Código penal del 70, declara que a los fines de dicho artículo sólo se reputan frutos los productos directos de la tierra sin que hayan sufrido manipulación ni transformación industriales.

de las huertas, decía que en ellas «se sostienen mayor número de árboles frutales que aumentan los rendimientos de las fincas, sin más trabajo ni gasto importante que el de la recolección de los frutos»; la visión no pudo ser más pobre y responde, como antes decimos, a una economía sin sentido mercantil, desprovista de todo afán de multiplicación y crecimiento. Pero aun así, esos frutos se producían porque esos hombres habían plantado esos árboles frutales, y aunque la Circular de Contribuciones diga otra cosa, es seguro que también los podaría y los desinsectaría, pues de otra forma el arañuelo y tantas otras plagas como existen devorarían en flor esos frutos.

Queda un pequeñísimo y reducido sector en el que se dan algunas producciones sin el trabajo directo del hombre, en la tierra inculta, algunos pastos, leñas, encinas, alcornoques, espartos y otras especies forestales; pero aun en éstas la acción del hombre fomenta y estipula dicha producción, que si tiene alguna consideración económica se debe a una meditada inhibición suya para recoger esas especies que, ciertamente, surgen espontáneamente, pero que en la mayoría de los casos crecen y se desarrollan por la tutela, por la continenencia del hombre, que durante períodos más o menos largos deja de aprovechar esa tierra para que lo nacido logre el crecimiento necesario para que sea útil y se incorpore al comercio de las cosas (4).

Los comentaristas de nuestro Código civil, en este punto concreto, se atienen con demasiado rigor a la letra de la ley, y así Mucius, justificando el texto, no dice que los frutos naturales provienen de los predios o de los animales, y para que sean tales han de nacer espontáneamente de la tierra, salir del vientre de la hembra, constituir los demás productos de los animales y—añade—, dada la limitación que supone la palabra «espontáneas», inserta en el primer apartado del artículo 355, sólo por virtud de ellas merecen el calificativo de *naturales* aquellos productos de la tierra que se obtengan sin que medie el más pequeño esfuerzo del hombre; habiendo de interpretar escrupulosamente la disposición legal, nos queda el recurso de incluir entre los industriales aquellos frutos no obtenidos sin el trabajo del hombre, y cuya producción no fuese tan espontánea como exige la definición consignada en el Código respecto de los frutos naturales. Mejor entendido así el concepto de éstos, vemos la inexactitud de las leyes de Partidas al poner como ejemplos de ellos «las peras, manzanas, o cerezas, o nueces, o los frutos semejantes de éstos que han los árboles por sí naturalmente o sin labor de ome: tales frutos muy raras veces se nos ofrecerán sin que esta «labor de ome» intervenga, ya preparando el terreno adecuado a las diversas clases de árbo-

(4) Aun lo que de antiguo se menciona como fruto natural, v. gr., las leñas, las hojas de los bosques, las resinas, las cañas y las flores, hoy son objeto de trabajo y atención del hombre.

les frutales, ya mejorando su condición, ya atenuando o modificando las condiciones climatológicas de las regiones productoras. Bajo la frase «demás productos de los animales», se comprenden, por ejemplo, el pelo, la lana, la leche, las pieles, el estiércol, etcétera, llegando a sostener que no pueden darse frutos industriales en los animales, pues «las crías, como los demás frutos que los animales producen, se obtienen de ellos aun sin la cooperación del hombre». Este, lo único que hace es procurar mejorar por el cruzamiento las razas de ganado, favorecer su multiplicación; mas en lo fundamental, nada hay humano; lo propio ocurre en los productos animales (5). No compartimos los juicios tan extremados de Mucius Scévola, que, con todos los respetos, estimamos disparatados. Negar que los animales den frutos industriales, en la acepción jurídica que da el propio Código, es decir, «los que producen los predios de cualquier especie a beneficio del cultivo o del trabajo», nos parece un craso error; conforme en que la reproducción de los animales sea un fenómeno natural, como natural es que las semillas germinen y que los árboles crezcan; pero es temerario desconocer cómo es el cuidado y dirección inteligente del hombre el que salva los rebaños, y sus ininterrumpidos trabajos para alimentarlos, alojarlos, curarlos, etc., son los que evitan su aniquilamiento y facilitan el rendimiento de los mismos, y estos trabajos son los que hacen que se den esos frutos de la especie animal. La tesis de nuestro comentarista podrá admitirse tratándose de animales que viven en la selva, pero en ningún modo cuando nos referamos a los animales en su acepción corriente y sentido propio (6). Frutos que la cosa produce gracias a un trabajo continuo e intenso, son las crías que se obtienen en una yeguada, los rendimientos de una vaquería, los múltiples de la granja avícola, de las granjas caninas, de la vacada de reses bravas, de cualquier rebaño, etc. Ya se sobrentiende que la función genésica es privativa y natural de los propios animales; pero para que ella se traduzca en *frutos*, sobre todo en el sentido económico-jurídico al que concretamos estas observaciones, es indispensable el cuidado y la acción del hombre, que siguiendo una técnica, una tradición depurada año tras año, y hoy elevada a principio científico que integra la Zootecnia, cuida sin descanso de que esa función reproductiva se realice en su fase final, sobre todo, de forma que no se malogren los rendimientos que van a lograrse tras un largo período de gestación, y es el hombre el que observa el estado de ese ganado y busca en la oportunidad debida una selección en los reproductores, una alimentación adecuada, evitando el aban-

(5) *Código civil comentado y concordado*, tomo VI, 1891, pág. 277.

(6) La miel y la cera de las abejas, considerado como fruto de las abejas, si han de merecer alguna consideración económica es debido al trabajo del hombre. La caza no se considera fruto, si la finca no está especialmente dedicada a ella, y entonces se logra gracias a la abstención del hombre para realizar otros cultivos o aprovechamientos.

dono de las crías, o que iniciado un proceso degenerativo perdiese todo interés económico lo nacido; baste pensar en las medidas que con carácter imperativo deben adoptar en el cuidado de los ganados según preceptúa la vigente Ley de Epizootias en determinados casos, imponiendo vacunas, etc., para convencernos que realmente, para que surja el fruto en sentido jurídico, es necesario el cuidado y la intervención del hombre, y por ende no hay duda alguna que también los animales producen *frutos industriales*.

Fué más acertado el Código civil italiano, al eliminar de esta clasificación uno de los primeros términos, para reducirlos a dos clases: en *naturales* y *civiles*, entendiendo por los primeros los que da la naturaleza con o sin ayuda del hombre, y así lo estimó también Azcárate, aunque él prefería la expresión de *industriales* en vez de *naturales*.

Realmente, si esta clasificación se hace atendiendo a su origen o causa creadora, entendemos que es preferible una clasificación bipartita, para referir, en uno de los términos, todo aquello que la cosa da de por sí, es decir, las producciones orgánicas de la misma, bien sea consecuencia de la función genésica de la misma, o lo sea con la ayuda, estímulo o intervención, más o menos directa, del hombre; y el otro término de la clasificación lo referiríamos a los rendimientos o ganancias que se obtienen con el uso de la cosa por virtud de una relación de derecho con un tercero; los primeros llamaríamos *frutos naturales*, abarcando en ella todo lo que la cosa crea, dándole ser y existencia material *ex ipso corpore rei*, y por oposición a ellos denominaríamos *civiles* lo que la cosa da, pero a virtud de un negocio jurídico con un tercero *qui non natura sed jure percipiuntur*.

El distingo de frutos materiales en *naturales* e *industriales*, aparte de no haberse logrado claridad y exactitud en sus conceptos, carece de sentido práctico, como veremos al ocuparnos de la adquisición de los frutos; es una distinción realmente inoperante que no merece la pena de que se pierda el tiempo con sutilezas y juegos de palabras.

En síntesis, los frutos, desde el punto de vista jurídico atendiendo el origen o causa productora de los mismos, son *naturales* o *civiles*. Fruto *natural* denominaremos a las producciones orgánicas de las cosas dadas por las mismas con o sin el concurso eficiente de la actividad humana; frutos *civiles* denominaremos los rendimientos que se obtienen de la cosa mediante una relación jurídica legal o convencional establecida sobre la misma, por virtud de la que un suieto distinto del propietario participa en el goce de la misma, satisfaciendo en equivalencia una cantidad representativa de la utilidad o ventaja económica que obtiene con el aprovechamiento o uso de la cosa. Los frutos *naturales* son creaciones materiales de la cosa productora, aunque para ello sea ayudada por el trabajo del hombre; los frutos *civiles* son rendi-

mientos de un negocio o contrato sobre la cosa que los produce.

Pretendiendo señalar las características de los productos *naturales* y *civiles*, decía Demolombe que los frutos naturales son percibidos directamente de la cosa, y los frutos civiles se producen en virtud de un contrato sobre la cosa fructífera. A este criterio objeta Butera que el locatario percibe los frutos de las cosas, en virtud de un contrato, y por eso no dejan de ser naturales.

Para Grük, el fruto *natural* proviene de la fuerza natural de la cosa productora; los frutos *civiles*, de la ley.

El fruto civil, según Butera, lo adquiere el propietario como pago que le hace un deudor, mientras que el fruto natural lo constituye la utilidad material que se destaca de la cosa fructífera, y forman parte del patrimonio del titular por efecto de la simple separación sin solución de continuidad.

Realmente, la diferencia de estos frutos es bien clara, y no cabe oscurecerse por sutilezas con casuísmos poco menos que inverosímiles. En el grupo de frutos naturales comprenderemos todo aquello que es creación de la fecundidad orgánica de la cosa y directamente se retira de ella, es decir, las creaciones materiales que se desprenden, se desgajan de la cosa productora y que surgen bien espontáneamente, y tendremos los llamados frutos naturales propiamente dichos, o como consecuencia del cultivo y de la laboriosidad del hombre; y en el grupo de frutos civiles comprenderemos todos los rendimientos económicos originados por la cosa principal como consecuencia o resultado de un contrato, de un negocio jurídico estipulado con el que directamente usa o se beneficia más o menos personalmente de la misma. Sustituyen los frutos civiles las ventajas, los provechos económicos que obtendría el propietario o el usufructuario si directamente utilizase él dicha cosa.

La característica de los frutos *naturales* propiamente dichos es, sencillamente, la *espontaneidad*, dado el concepto que nuestro Código civil da a los mismos, coincidiendo en cierto modo con la doctrina científica predominante, siquiera en los casos que se presentan como tales, cuya enunciación es cada día más limitada, no siempre concurre esa cualidad, pues, como antes decimos, tratándose de las crías de los animales, cuya propiedad, conforme ya decían las Leyes de Partidas, «deben ser de aquellos cuyas fuesen las fembras que los pariesen...», falta en la mayoría de los casos la *espontaneidad*, que a tenor del texto del Código es lo que da tipicidad a estos frutos.

Los tratadistas, como antes decimos, coinciden hoy casi con rara unanimidad en considerar carente de importancia alguna la distinción entre frutos *naturales*, cuyo ámbito, según ya consignamos, modernamente se ha reducido extraordinariamente, y frutos *industriales*, que, por el contrario, su zona ha tenido una expansión desbordante, puesto que el común sentir de los autores reconoce que son poquísimas las cosas que se producen sin que

directa o indirectamente las impulse la mano del hombre. Basta considerar cómo han pasado de uno a otro grupo varias categorías que a principios del siglo pasado, de franco predominio de una economía simplista, netamente rural, se consideraban como frutos naturales; así, por ejemplo, los productos de las colmenas, la pesca del río o de un estanque, las flores, los arbustos, etc.

Hay situaciones que ofrecen alguna dificultad para catalogarlo en una u otra clase de frutos, ya que estuvo poco acertado nuestro legislador al definir los frutos naturales como las producciones espontáneas de la tierra y las crías y los demás productos de los animales, y apellidando *industriales* los frutos que producen los *predios* de cualquier especie a beneficio del cultivo o del trabajo que, como antes decimos, motivó las posibilidades de frutos industriales al ganado y a otras manifestaciones de riqueza, ya que, interpretando literalmente el texto, concreta la posibilidad de frutos *industriales* sólo a los *predios*; por eso con evidente acierto don Antonio Maura (7) dijo: «Definiciones son éstas de clásica alcurnia, ciertamente; pero todavía más imperfectas que las del léxico oficial, donde la palabra *fruto* no sólo suena con la acepción obvia de «lo que el árbol o planta produce cada año después de la flor y de la hoja», sino que también significa «cualquier producción *de la tierra* que rinde *alguna utilidad*», o «la producción del ingenio o del trabajo humano», llegando a dilatarse el concepto hasta abarcar «toda *utilidad y provecho*», con notoria transgresión de los extremos límites de la idea.» Tan ilustre jurisconsulto se sumó también de una manera enérgica a los que censuraron al Código por la concepción simplista y meramente orgánica de los llamados frutos naturales, siendo tan obvio que raras veces rinden los bienes aquella utilidad periódica de que son capaces, por su sola virtud protectora, y por la espontánea y automática asistencia de los *agentes naturales*. «Ordinariamente —dice—, del cielo, la inteligencia y la probidad del que tenga el disfrute dependerán, no sólo la fecundidad del capital, sino también su conservación y supervivencia, hasta reintegrarse del dominio legítimo; dichas especies de bienes y patrimonios pasan del auge más próspero a la ruina más deplorable, o de la esterilidad al pingüe rendimiento sin otro motivo que el cambio de mano» (8).

Aun cuando nuestro Código civil conceptúa como naturales «las crías y demás productos de los animales», como antes consignamos, discrepando en ello de la tesis de Mucius, deberán conceptuarse como frutos industriales las producciones directas de los animales obtenidas como consecuencia del cultivo y trabajo del hombre. Y aunque esta diferenciación, a efectos jurídicos, no tiene absolutamente ninguna importancia ni trascendencia alguna, no hay duda que la miel que se obtiene hábilmente de la col-

(7) *Estudios jurídicos*. Madrid, 1913.

(8) *Ob. cit.*, pág. 105

mena movilista, o los ejemplares que en su granja o en su yeguada logra tras cuidados mil el ganadero, ha de conceptuarse como tal fruto industrial.

También de los animales pueden obtenerse frutos civiles cuando mediante un contrato se cede el uso de los mismos, sea para labranza o para el transporte, el propietario percibe una cantidad por arriendos de los mismos, de igual forma que cuando se cede un ejemplar seleccionado para una exposición, y es favorecido con el premio del concurso, o por su especial agilidad en las carreras recoge las compensaciones que le correspondan.

Sobre este punto concreto discurre Piola al determinar qué calificación deben merecer los productos que obtiene el propietario de un caballo semental por cubrir en su parada las yeguas o asnas, inclinándose a calificarlos como fruto natural, criterio que Butera considera inaceptable por cuanto todo el trabajo producto del animal no significa una utilidad material que se destaque del mismo, por lo que falta la base fundamental para que haya fruto natural, y además porque en realidad no hay más que un arrendamiento. En efecto, no es posible hablar aquí de fruto natural por cuanto el esfuerzo genésico del semental no crea nada que se desprenda del mismo con valor propio, la merced o estipendio la cobra el propietario a virtud del contrato tácito con el dueño de la hembra que se somete a las tarifas y a las condiciones especiales de dicha parada, o a las consagradas por la costumbre y uso local. En definitiva, el dueño concede su propio animal para que otro lo utilice pagando el canon correspondiente al servicio que le prestó. No surge aquí ninguna utilidad material que se desgage del producto y que llegue directamente al titular de su propietario, por lo que tales rendimientos deberán calificarse también de frutos civiles.

Va extinguiéndose la costumbre que en muchas ciudades existía de alquilar borriquillos para distracción de los pequeños en parques o en jardines, donde por el recorrido cobraban cantidades variables, que igualmente deben calificarse como frutos civiles. Y la propia calificación ha de merecer las cantidades que por alquileres de caballerías se cobran a los excursionistas que gustan de las altas cumbres de nuestros Pirineos u otros puntos de difícil acceso, a los que empeñados en las cacerías mayores han de caminar por terrenos de difícil acceso, y buscan para ello mulos de especial resistencia, como con frecuencia acontece en las jornadas cinegéticas, sobre todo en ciertas comarcas de la provincia de Huesca y Gerona.

El capítulo de frutos civiles también se ha ensanchado considerablemente en nuestros días, sin duda porque la intensidad de la vida económica presente ha creado un sinfín de negocios jurídicos para la utilización de las cosas que inertes o abandonadas a su natural ser, nada o muy poco producirían, hasta determinadas actuaciones de Derecho público vienen con frecuencia reempla-

zando y sustituyendo una situación objetiva que para el titular daba frutos naturales por otra que da fruto civil. Cuando por una carretera, o por el ensanche de una ciudad se expropia un prado que producía frutos naturales, se entrega un precio que si el titular lo rehusa es depositado en la Caja General, que produce unos intereses, que son frutos civiles. Lo propio ocurrió cuando a virtud de las leyes desamortizadoras las Corporaciones municipales perdieron sus montes, y las Comunidades religiosas como las restantes «manos muertas» pierden su patrimonio inmobiliario, y a trueque del mismo le entregan las célebres láminas, habiendo declarado la sala Tercera del Tribunal Supremo que deben considerarse como frutos civiles los intereses de las Láminas de la Deuda representativas del valor de los bienes incautados (Sentencia de 23 de junio de 1908 y R. O. de 22 de noviembre de 1917.)

Un caso interesante referente a la condición de los beneficios de una industria cuyo reparto tiene vencimiento fijo, resolvió el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de enero de 1925. Se trataba de un usufructo universal testamentario que entre otras cosas comprendía una fábrica de hilados de algodón de la que el causante era gerente. Al morir la usufructuaria los herederos de aquel gerente le reconocieron los producidos hasta el 31 de diciembre del año anterior, pero le negaron los rendidos desde enero hasta noviembre, en que murió la usufructuaria, pretestando que el balance se hacía al final del año, y los beneficios obtenidos en el mismo debían considerarse frutos pendientes al fallecer la usufructuaria, y por tal motivo no le pertenecían. Los herederos de la usufructuaria promueven demanda reclamando dichos beneficios que por considerarlos frutos civiles se percibían día por día, pero la Audiencia la desestima, y el Supremo igualmente fundándose: 1.º En que al decir el artículo 355 que son frutos industriales los que producen los predios de cualquier especie, en la expresión predios se comprende, no sólo los rústicos, sino también los de cualquier otra clase, con la condición o diferencia específica de que sean producidos a beneficio del cultivo y del trabajo. 2.º Que, según el Diccionario de la Lengua (predio, del latín *praedium*), es *hacienda, tierra o posesión inmueble*, y nadie podrá negar que inmueble es una fábrica o industria fabril, y frutos industriales los que por el esfuerzo humano se producen en una industria. 3.º En que si según el párrafo 2.º del artículo 475, si el usufructo consistiese en el goce de los beneficios que diese una participación en una explotación mercantil cuyo reparto no tuviese vencimiento fijo tendrían aquellos la consideración de frutos civiles, es lógico que, *a contrario sensu*, si el reparto tiene vencimiento fijo, no pueden reputarse dichos beneficios como frutos civiles, sino industriales, y, por ende, con sujeción al artículo 472, los pendientes al comenzar el usufructo pertenecen al usufructuario y los de su terminación al propietario. 4.º En que no puede haber distinción entre el goce de los beneficios de una participación industrial y el

derecho del mismo usufructuario en la dirección de la explotación o fábrica, ya que todo ello versa sobre el derecho a disfrutar los bienes ajenos.

En el comentario glosa que el ilustre Castán hizo de esta sentencia en la *Revista de Derecho Privado*, tras considerar absolutamente equivocada la doctrina a dicho fallo, decía (9) una empresa o establecimiento industrial no es en sí una cosa inmueble ni menos un predio; podrán ser bienes inmuebles las máquinas de una explotación conforme al número 5.º del artículo 334; podrá, cuando más, atribuirse por accesoriadad naturaleza inmueble a la explotación misma si la industria es ejercida en un inmueble especialmente afectado a este objeto; pero «fuera de este caso, el establecimiento industrial es un bien mueble que si no se le quiere considerar mejor, según hacen algunos autores modernos al discutir la Naturaleza de los fondos de comercio como una universalidad jurídica formada por diversos elementos cada uno de los cuales conserva su individualidad propia». Y —añade— todavía es a nuestro juicio más inadmisibles la tesis de que los beneficios de una industria son frutos industriales y no civiles, «parece extraño que nuestro primer Tribunal pueda desconocer, olvidar, la diferencia elementalísima que existe entre los frutos naturales e industriales de una parte y los frutos civiles de otra, los primeros proceden directamente de las cosas; los segundos, no se obtienen directamente de ellas, sino por mediación de una relación jurídica, con réditos en dinero que puede producir la cosa por virtud de una operación u operaciones contractuales. Los productos mismos fabricados, podrían, en todo caso, ser considerados como frutos industriales, pero las utilidades líquidas obtenidas con la explotación, máxime cuando es ésta ejercitada por una sociedad, ¿cómo vamos a reputarlas fruto de aquella clase?». En su erudita glosa, nuestro ilustre civilista, invoca el testimonio de Ferrara, quien estima como cosa indubitada que los beneficios netos de una empresa industrial son frutos civiles, e igualmente recoge el criterio de Planiol quien sostiene que «hay que guardarse de considerar como frutos industriales los rendimientos de una fábrica, que son frutos en dinero procedentes de ventas».

Ciertamente que la doctrina de esta sentencia de 5 de enero de 1925, fruto de una interpretación excesivamente servil a la literalidad del texto legal, no puede aceptarse, máxime cuando ya el propio Tribunal Supremo, y los civilistas, todos, tienen tan depurado el concepto de frutos. Los rendimientos de una fábrica o de una explotación mercantil que lucen en el balance, no pueden conceptuarse en ningún caso como frutos orgánicos de la cosa, ya que no son emanaciones derivadas de ella como consecuencia de su acción reproductora, ayudada y estimulada por el esfuerzo humano, sino que son típicamente frutos civiles aunque obtenidos

(9) «Revista de Derecho Privado», núm. 147, diciembre de 1925, pág. 390.

en una actividad industrial, pues que, en definitiva, ellos no son otra cosa que los resultados de una serie sucesiva de contratos de negocios jurídicos encaminados a realizar una serie de actos de disposición de los materiales elaborados para que, satisfechos los gastos de producción y explotación de la empresa, obtener el beneficio líquido. Es más, la fábrica o instalación industrial no puede equipararse al predio rústico que ayudada por el cultivo del hombre facilita el grado de calor y humedad necesario para que la semilla germine, a la que proporciona las sustancias nutritivas adecuadas para que se desarrollen lo sembrado o plantado; la fábrica no es una cosa dotada de un poder de fecundación capaz de reproducirse y de desprender de su ser rendimientos de su propia sustancia y naturaleza, se trata, sencillamente, de un capital acumulado, cuyo destino y uso normal en el comercio de los hombres es producir un interés, una utilidad económica mediante la transformación de unas primeras materias y la enajenación o especulación de lo así producido, utilidad que debe calificarse como frutos civiles, y por ende someterse en cuanto a su percepción a las reglas establecidas en nuestro Código civil, en cuanto a la percepción de los mismos.

VIABILIDAD DE LOS FRUTOS

Jurídicamente hablando, no surgen los frutos de cualquier manera; nuestro Código civil exige la concurrencia de unos requisitos para que esas creaciones orgánicas de las cosas puedan ser reputadas frutos. El artículo 357 de nuestro Código civil dispone que no se reputan frutos naturales o industriales sino los que están manifiestos o nacidos.

Respecto a los animales, basta que estén en el vientre de su madre, aunque no hayan nacido, es decir, ha querido el legislador precisar en lo posible la circunstancia determinante de la existencia de los frutos, evitandó de esta manera un sinnúmero de controversias que en la práctica promoverían litigios si en cada caso había de determinarse cuando éstos no fueran vistos, es decir, cuando esas producciones orgánicas de las cosas no se percibirían, si existía o no propiamente fruto por el hecho de haber iniciado el germen su misión procreadora o, como se dice corrientemente, porque la semilla «hubiese movido», o el árbol quedase en flor, etc. Conforme a nuestro Código civil, para que el fruto tenga consideración de tal en el orden jurídico es preciso que esté manifiesto o nacido, es decir, que los sentidos reconozcan y aprecien la existencia de esa creación derivada de la cosa principal que unida a la misma ya va a tener una individualización jurídica y económica, dejando de confundirse con ella para adquirir individualidad propia. Hasta que nace el trigo, la semilla vertida se confunde con la tierra y no tiene conceptualización propia:

pero cuando esa semilla ha germinado y se manifiesta a la acción de los sentidos, entonces ya ha surgido el fruto, quedando sometido al régimen del derecho peculiar establecido al efecto. No hay fruto si no se ha manifestado, si no ha salido ya a la superficie de la tierra el tallo o, sencillamente, las diminutas hojas con que las plantas se anuncian cubriendo de verde la tierra en cuyas entrañas la semilla ha desarrollado. Ahora bien, esta manifestación se muestra de distinta forma según que se trate de cultivos de cereales, hortícolas o de praderío, y los de las distintas clases de arbolado o meramente arbustos. En los sembrados, su exteriorización es más sencilla y simplista que en los que producen los árboles y arbustos. Esta distinta manera de manifestarse, que el Código civil no aclara, realmente es innecesario, ya que el concepto es lo suficientemente expresivo: fué ya tenido en cuenta en el Fuero Real, en su Libro III, Título IV, Ley 10, en la que se decía :

Porque acaesce muchas veces que ante que los frutos son cogidos de las heredades, o muriere el marido, o muriere la muger, establecemos, que si los frutos parescen en la heredad a la sazón de la muerte, que se partan por medio entre el vivo, é los herederos del muerto: e si no apareçen, hayan los frutos cuya fuera la raíz, é dé las misiones que fueren fechas en la labor al que la labró: y esto fuera si la labor fuere viña, o arboles: ca si fuere tierra, o fuere sembrada, maguer que no aparezca el fruto a la sazón de la muerte, partase por medio quanto ende hubiere: é si no fuere sembrada, é fuere barvecho, el que no ha nada en la heredad haya la meytad de las misiones que fueren fechas en el barvecho.

Esta distinción ha quedado ciertamente abolida en la legislación moderna, imperando en nuestro Código civil un criterio objetivo que puede sintetizarse en esta frase, el de la exteriorización de los mismos, y con esta exteriorización tendremos que esas producciones orgánicas, de las cosas logradas con o sin ayuda del hombre, constituyen jurídicamente hablando frutos.

Respecto a los animales, basta que estén en el vientre de su madre, aunque no hayan nacido. Esta declaración excesivamente simplista de nuestro legislador se basa también en el mismo punto de vista que antes señalábamos aplicado a los frutos vegetales, en el de la *exteriorización*, porque si bien es cierto que la hembra denuncia, sobre todo en los últimos meses de gestación, la existencia de un nuevo ser en su vientre, queda el enigma, más acertado en unas especies animales, de señalar el momento de iniciación de este proceso biológico del nuevo ser, es decir, de concretar desde qué momento ha entenderse la existencia de este fruto, que, caso de contienda litigiosa, habrá que decidir conforme a los

principios técnicos que señala la ciencia, y que en cierto modo ha traducido la práctica corriente en unos postulados divulgados en la conciencia popular, por lo que será bueno acudir a la costumbre del lugar, en la que es casi seguro tenga ya fijado criterio específico para cada caso, ya que por otra parte es difícil abarcarlo en un estudio *a priori*. La «costumbre del lugar», depurada año tras año, ha recogido dentro del ámbito territorial de aplicación la especial modalidad que para una misma especie animal o para una misma clase de rendimiento ofrece en nuestro país en su inmensa variedad de instituciones seculares; esa «costumbre del lugar» matiza en cada rincón de España ciertas peculiaridades para una misma cosa, o para una misma especie ganadera, y a sus normas entendemos debe someterse el jurista cuando tenga que concretar alguno de los supuestos no estructurados en el Código civil.

Es demasiado parco el Código civil cuando nos dice que para que haya frutos naturales o industriales precisa que estén «manifiestos o nacidos», y que nosotros concretábamos en la frase de ser necesaria la «exteriorización de los mismos», los clásicos frutos naturales de los animales, como antes señalábamos, otros juristas lo consideran exclusivamente industriales, por entender que es indispensable cuidar a los animales, alimentarlos y curarlos de sus enfermedades para que puedan llegar a producirlos, no tienen definido en nuestras leyes el momento de esa exteriorización en muchos casos, y por eso es indispensable a nuestro sentir acudir a la costumbre del lugar, y ella nos fijará el momento de manifestarse la lana y cuándo ha logrado su madurez o el pelo o las astas. Igualmente ha de ser la costumbre del lugar si los principios consagrados en el Código civil respecto a las especies animales mamíferos han de aplicarse a las aves, a la pesca y a otros casos especiales del reino animal, ya que, como decimos, en sus normas consuetudinarias perfectamente localizadas radican los criterios jurídicos que deben servir de base para la resolución de cualquier contienda que pueda suscitarse, y si por tratarse en este siglo de ensayos y de innovaciones de una especialidad sobre la cual la comunidad no hubiese elaborado normas de derecho aplicable, o que la costumbre ofreciese lagunas, la casuística que surgiera debería ser sometida conforme preceptúa el artículo 6.º del Código civil a los principios generales del Derecho, recabando en los casos que así fuere menester para su acabado conocimiento el informe de los técnicos, ya que no sería extraño encontrar sobre algunas materias criterios anticuados o rutinarios que sería perturbador tener en cuenta, por ser contrario a la Ciencia o, lo que es lo mismo, a la razón y a la justicia.

OTRAS CLASES DE FRUTOS

Nuestro Código civil, siguiendo también en esto al Derecho romano (10), consagra una distinción de los frutos que es del mayor interés considerar, ya que en los mil conflictos que en la práctica se suscitan, al llegar al punto álgido de tener que asignar y determinar la pertenencia de los frutos, surge el problema, a veces lleno de dificultades, de decidir a quién pertenecen dichos frutos, y cuáles han de asignarse a uno u otro titular, al que venció en juicio o al que fué vencido. Sobre todo en los pleitos reivindicativos de la propiedad es trascendental tener en cuenta la especial situación o estado de los frutos, para determinar en justicia, con la exactitud debida, cuáles son los que deben restituirse, pues como ya hemos dicho, en este punto concreto se acusa muy directamente la influencia romanística, y de ahí la necesidad de fijar con la claridad y precisión debida estos conceptos (11).

No aparece sistematizada en nuestro Código civil la clasificación de frutos a que vamos a referirnos, aunque esté consagrada en su articulado concretamente, en los artículos 451, 452 y 471 al 474; con ellos a la vista pasamos a considerar la siguiente clasificación de los frutos teniendo en cuenta principalmente la situación física de los mismos, y siguiendo en esto al maestro Castán, dividiremos los frutos en *aparentes* y *no aparentes*, según que hayan o no nacido, y por consiguiente muestren o no su existencia.

Los *aparentes* se subdividen en *pendientes*, que son los que están adheridos a la cosa productora, y *preparados*, si han sido segregados de la misma, bien sea de modo natural o artificial.

Percibidos, que son los que han sido tomados con intención de tenerlos como propios, y

Consumidos, los que han desaparecido por transformación o consumo.

(10) Los tratadistas de Derecho romano recogen de los textos la división de los frutos en *pendientes*, *separados*, *percibidos*, *existentes* y *consumidos*. Como dice SERAFINI, llámense pendientes los que están aún adheridos a la cosa que los produjo (mientras los frutos están pendientes se consideran parte integrante de la cosa que los ha producido y pertenecen al propietario de ella); separados, los que ya lo están de la cosa que los produjo, cualquiera que sea la causa del desprendimiento: la madurez, el viento o la acción del hombre (con la separación de los frutos nace una nueva cosa y con ella una nueva propiedad); percibidos, los que después de su desprendimiento han sido tomados con intención de tenerlos como propios; llámense percibidos los que el poseedor de la cosa fructífera debía recibir como buen padre de familia y no percibió; llámense existentes (*extantes*) los que se hallan en su modo de ser natural en poder del poseedor de la cosa fructífera; llámense consumidos los que no se hallan ya en poder del poseedor de la cosa fructífera, sea por haber éste usado de ellos, o por haberlos enajenado, o por haberlos especificado, esto es, transformado en otro objeto.

(11) *Dig.*, lib. XXII, tit. I, ley 25, párr. 1.º: *Cód. Just.*, lib. VII, tit. I, ley 2.ª

Omite el ilustre Castán considerar detenidamente los términos de esta clasificación que, como decimos, es sumamente interesante en la práctica profesional, y nada dice de los *podido percibir*, término que expresamente menciona el artículo 455 y que interesa mucho considerar.

Otras clasificaciones se hacen por los civilistas atendiendo bien a la abundancia de los mismos, o considerando únicamente la existencia real de los mismos. Por su cuantía o abundancia los clasifican en *ordinarios*, que son los que normalmente se obtienen de las cosas, y *extraordinarios* si se trata de rendimientos ciertamente excepcionales o extraños a la producción normal.

Atendiendo a la existencia de los mismos, los han clasificado en *existentes* y *consumidos*; distinción es ésta de escaso valor jurídico.

Frutos *pendientes*, como hemos dicho, son los que existen en la cosa manteniéndose unidos a la misma, y aunque la generalidad de los autores limitan esta categoría a los naturales o industriales también los frutos civiles se consideran *pendientes* cuando, producidos, no han sido recogidos, es decir, cuando habiéndose devengado no han sido cobrados.

En el concepto de *podidos percibir*, comprende García Goyena tanto los que el propietario hubiera podido hacer producir a la cosa como los que pudo aprovechar el poseedor vencido. Pero el texto del artículo 455 limita su alcance a los que «el poseedor legítimo hubiera podido percibir». Es decir, que nuestro legislador no identificó la expresión «podido producir» con la de «podido percibir», y es obligado atenerse para la aplicación de este precepto a los términos de la ley, máxime cuando la interpretación filosófica de este precepto coincide también con la conclusión a que se llega con la simple interpretación literal. *Posibilidad de percibir lo que hubiera*, es concepto más limitado que *posibilidad de producir*. La primera se refiere a la producción real y efectiva que la cosa haya tenido, y que por descuido o negligencia del titular no llegó a realizar íntegramente, no llegó a efecto en su totalidad los frutos que se dieron. La segunda se refiere a lo que con mayor inteligencia y celo hubiera podido dar la cosa. *Podido percibir* quiere decir apropiación de lo que realmente la cosa fructifera dió; *podido producir* significa lo que ésta hubiera dado con un mejor cultivo, con una mejor dirección.

La expresión empleada en nuestro Código civil hace relación a todos los frutos que la cosa dió; en cambio, los *podido producir* alude a lo que la cosa hubiera debido dar. Por eso en nuestro sentir debe entenderse por frutos *podido percibir* todos aquellos que existieron, pero que se perdieron por culpa del poseedor.

Los frutos pendientes se convierten en percibidos desde que se separan. Con razón Pérez González y Alguer nos dicen que la separación es el momento decisivo para toda adquisición de frutos, no sólo porque así lo dispone el artículo 451, sino porque

sin la separación los frutos no tienen sustantividad objetiva en el orden jurídico (12); por eso el artículo 334 del propio Código considera bienes inmuebles los frutos pendientes mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble.

Según preceptúa el artículo 451, se entienden percibidos los frutos naturales e industriales desde que se alzan o separan, concepto que en cierto modo amplía el 1.576 al privar al arrendatario del derecho de la rebaja de la renta, «cuando los frutos se han perdido después de estar separados de su raíz o tronco», por entender que al estar separados de la raíz o tronco ya no forman parte propiamente de la cosa arrendada.

La expresión se «alzan o separan» significa que se apartan del suelo, de los árboles o de las plantas que los producen, y en los animales, cuando, como decía García Goyena (13), ha de entenderse desde que la cría sale a luz o se les ordeña o trasquila.

Respecto a los frutos civiles, según el propio artículo 451, se consideran producidos por días, y, como antes decimos, hay que considerarlos pendientes en tanto no se cobren, estimándose, conforme dispone el 474, que se entienden percibidos día por día, concepto que en cierto modo implica la eliminación del concepto de pendiente para esta clase de frutos, ya que según el Código civil se consideran «producidos por día» y percibidos día por día.

(12) *Notas al derecho de cosas*, por M. WOLFF, tomo III, vol. II, pág. 79.

(13) *Concordancias...*, tomo I, pág. 379.

La mayoría de edad civil en Navarra y su unificación nacional

FRANCISCO SALINAS QUIJADA

Abogado de los Ilustres Colegios de
Pamplona y Tudela. Doctor en Derecho

En el *Boletín Oficial del Estado* de 15 de diciembre de 1943 apareció una Ley fechada el día 13 del mismo mes, y promulgada por la Jefatura del Estado, en que, tras de una Exposición de motivos enjundiosa, verdadero panegírico de la juventud española, expresado con palabras ardientes y admirativas, viene a proclamar, en su artículo 1.º, que «a los efectos civiles la mayor edad empieza para los españoles a los veintiún años cumplidos», unificando las edades forales, entre las que figurá la de nuestra provincia (1).

Afecta la disposición mencionada tan vivamente a la hermenéutica foral, que juzgamos oportunas algunas consideraciones sobre la misma, que si históricamente pueden tener importancia, doctrinalmente tal vez explicarán algunas consecuencias jurídicas que su promulgación irrogó a Navarra.

Sin entrometernos en problemas ajenos al tema que examinamos, la mayoría de edad en Navarra, hasta el día 1.º de enero del año 1944 (en cuya fecha empezó a regir la calendada disposición legal, según efectos determinados en su artículo 4.º), fué costumbre privativa del antiguo Reino, distinta de la edad regulada en el Derecho común. El Código civil así la había respetado en el párrafo segundo del artículo 12, en consonancia con el artículo 15, considerándola como no perteneciente a las exclusiones determinadas en el lugar oportuno, y que pueden reducirse al Título preliminar y Título IV del Libro 1.º del citado Cuerpo legal (referencia recogida en el párrafo 1.º del artículo 12 mencionado), y a las materias regidas por leyes especiales generales (según jurisprudencia varia, entre cuyas sentencias citaremos las

(1) *Boletín Oficial del Estado*, núm. 340, págs. 11027 y 11028.

de 5 de octubre de 1894 y 3 de febrero de 1896) (2); todo ello sin pasar los umbrales confusos de las expediciones a la excepción que algunos autores señalan, agotadoras del tema, pero que para nada afectan a la materia que nos ocupa (3).

Enmarcada la cuestión dentro de los cauces forales, la fuente más remota de donde deriva su aplicación preceptiva la encontramos en los capítulos XIX y XXI del Fuero General Navarro, que dicen así: «*CAPITULO XIX.—Ata quoanto tiempo deven demandar part los fijos de los lavradores quoando el padre muere. Marido et muyger villanos casados ensenble, si muere la muger creaturas oviendo de hedat, et es á saber, de VII aynos, estas creaturas luego pueden demandar suert de madre; et si creaturas no ovieren, los parientes pueden demandar et cobrar el dreyto de la muyller. Si estas creaturas non ovieren hedat, tiengan las creaturas el padre daqui á que hayan hedat las creaturas...*» (4).

«*CAPITULO XXI.—Cómo deven partir las creaturas con la madre villana viuda, et qui las deve criar ata que ayan hedat.*—Si el marido muere viviendo la muger et oviendo creaturas que no haya hedat, los parientes del padre pueden toyller las creaturas et todo lo del padre á criar las creaturas ata que ayan VII aynos conplidos: los VII aynos pasados, vayan o quisieren; et la partición deve ser atal, que de la mitad de todas las heredades del padre deven prender et de la madre estas creaturas, eylla prendiendo unos vestidos para si, et lo al partan por meyo. Quoal que muere senes creaturas, las heredades del muerto deven tornar á su natura» (5).

Ignoramos los fundamentos que pudieron aconsejar una mayoría de edad a los siete años; precepto que respetando el criterio de nuestro Fuero, nos resulta tan absurdo como ridículo.

Pero nos sirve de consuelo el solo pensamiento de que bien pronto se notara tamaño dislate, al rectificarse en el Capítulo I del Amejoramiento del Rey Don Felipe, dado en el año 1330, lo dispuesto en el Fuero General, hasta el punto de ampliar la mayoría de edad en Navarra a los catorce años para los varones, y a los doce años para las hembras, al tenor literal siguiente: «*Capítulo I.—Como segun fuero antigo los fidalgos oviendo VII aynos podiesen fazer testament, contracto, ayllenar sus bienes; Nos entendiendo que es contra dreyto et razon, establezemos et ordenamos que daqui adelant ningun fidalgo ni otro ninguno de nues-*

(2) DEMÓFILO DE BUEN, *Derecho civil español común*, 1930, tomo I, páginas 59, 60 y 61.

(3) FRANCISCO SALINAS QUIJADA, *Las fuentes del Derecho civil navarro*. Obra premiada por el Patronato Olave. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, 1936, tomo I, vol. I, pág. 64.

(4) PABLO ILARREGUI y SEGUNDO LAPUERTA, *Fuero General de Navarra*. Edición acordada por la Excm. Diputación provincial, dirigida y confrontada con el original que existe en el Archivo de Comptos. 1869, pág. 23.

(5) *Ibidem* nota anterior.

tro Regno que aya poder de fazer testament, ni ningun contracto, ni ayllenacion de sus bienes ata tanto que aya hedat de XIII ayns complidos si varon es, et si muger es ata que aya XII ayns complidos, ni ser en iuyzio sin tutor ó curador dado a eyll por auctoridat de Cort» (6).

Nótese la calificación tan sumamente dura que expresa la revocación, determinando ser el anterior precepto *contra dreylo et rason*. Lástima que no fueran más los años exigidos para una mayoría de edad, y el alcance de la ley escrita no hubiera llegado adonde su espíritu apuntaba.

Así las cosas, por encargo de don Juan de Labrit y de doña Catalina, las Cortes de Navarra iniciaron la labor de una nueva codificación foral, que no pudo llevarse a efecto por la anexión de Navarra a Castilla, redactándose, sin embargo, en el año 1528 el llamado *Fuero reducido*, que reformaba el Fuero General y añadía nuevas leyes: aunque no pudieron las Cortes obtener la aprobación real «a pesar de haberlo gestionado durante siglo y medio por no incluir en este Código las Reales órdenes y Providencias del Real Consejo de Navarra» (7).

Pues bien, este *Fuero reducido* se redujo a insertar la ley del Amejoramiento, con imperceptibles variantes gramaticales, pero no lógicas ni jurídicas, como puede observarse a la sola lectura de su contenido: «Como quiera que segunt fuero antiguo los fidalgos infanzones seyendo en edad de siete años podían hacer testamento y por contrato ó contratos agenaar sus bienes, atendido que lo sobre dicho es contra derecho y razón, ordenamos y establecemos que de aquí adelante ningún hidalgo ni otra persona ninguna de nuestro reyno de Navarra no tengan poder para hacer testamento ni otro contrato ninguno de agenación de sus bienes hasta que tenga el hombre ó el varon quatorze años cumplidos y la muger ó la hembra doce años cumplidos, ni pueda ser en juyzio sin tutor ó curador dado á ellos por autoridad ó por mandado de la Corte y Juez» (8).

Ese era el estado creado en el derecho escrito, que si bien no tan exagerado como el Fuero General, sin embargo, dejaba mucho que desear. Tanto es así que la fuerza poderosa de la costumbre en Navarra, genialidad que sobresalió como buen ejemplo del recto sentir popular desde el siglo xvii, hizo imperar la edad de veinticinco años para el ejercicio y plenitud de los derechos civiles.

Nos es independiente, y no hemos de discutirlo, si esa costumbre contra ley tuvo su origen inmediato en el Mediodía de Francia

(6) Ibidem notas anteriores, pág. 148.

(7) VICTORIANO LACARRA Y MENDILUCE, *Instituciones de Derecho civil navarro*, 1917, tomo I, pág. II.

(8) VÍCTOR COVIÁN Y JUSCO, *El Derecho civil privado de Navarra y su codificación*, 1914, Parte primera, págs. 345 y 346.

o en tierras de Castilla (9); si la importación fué más próxima o lejana.

El hecho cierto, ciertísimo, indubitado, es su origen primitivo romano, siendo su derecho el que dictó la pauta como supletorio de nuestra ley foral.

En efecto, en las antiguas leyes romanas siempre se distinguió entre púberes e impúberes o pupilos, no pudiendo éstos contraer matrimonio, ni hacer testamento, siendo incapaces para enajenar y obligarse. Como límite de la pubertad no existía ninguno, dependiendo del desarrollo físico de cada cual; mas siendo esta medida muy poco precisa y excesivamente individual, la jurisprudencia intentó fijar esta época de una manera más cierta. Los Proculianos, siguiendo la opinión de los estoicos, admitieron la edad de catorce años cumplidos como la de la pubertad. Los Sabinianos se inclinaron en general por el antiguo sistema. Por fin, otros, exigían a la vez cierta edad y el desarrollo físico necesario para constituir la pubertad.

Justiniano puso fin a esta incertidumbre fijando la edad de la pubertad a los catorce años para los varones, y en los doce, para las hembras (10).

Mas como seguramente sucedería después en el derecho navarro, ya en el romano debieron ocurrir múltiples abusos con los de más de catorce años, proclamados mayores de edad. Y ello motivó la promulgación de la *Ley Ploetoria* o *Loetoria* del año 190 (a. J. C.), aproximadamente, a la que debe su nombre de «legítima aetas». Esta ley prohíbe y sanciona con carácter penal los engaños fraudulentos de que se haga objeto a «un minor XXV annis, circumscribitur adolescens» (11).

Posteriormente esta ley fué complementada por los edictos de los Pretores y la generalización de la curatela en tiempos de Marco Aurelio, que vinieron a sancionar la doctrina legal de la incapacidad de los púberes menores de veinticinco años (12); siendo asimismo recogida en el Libro IV, Título IV, Ley 1 del Digesto, al tenor siguiente: «LEY I.—Siguiendo el pretor la equidad natural, propuso este edicto, en el cual mira por la defensa de los menores. Porque constando a todos que en los de semejante edad es el consejo muy frágil y débil, sujeto a muchos engaños y expuesto a los fraudes de muchos; por este edicto les prometió socorrer contra los fraudes y engaños.—Párrafo 1. Dice el pretor en su edicto: *Conocerá según lo pidan las circunstancias del caso, sobre lo que se diga haberse tratado con el menor*

(9) *Ibidem* notas anteriores, págs. 346 y 347.

(10) CARLOS MAYNZ, Traductor: ANTONIO JOSÉ POU DE ORDINAS, *Curso de Derecho romano*, 1892, tomo I, págs. 433 y 444.

(11) RODOLFO SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano*, Historia y Sistema, 1936, págs. 217 y 218.

(12) JOSÉ MARIA MANRESA NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, 1925, 5.ª ed., tomo II, pág. 766.

de veinticinco años. Párrafo 2.º Expresa que este socorro lo promete a los menores de veinticinco años, porque después de este tiempo se perfecciona la edad del hombre. Párrafo 3.º Y por éste al presente se gobiernan los menores hasta esta edad por el consejo de curadores; ni antes se les deberá dar la administración de su hacienda, aunque la cuiden bien» (13).

La mayoría de edad romana se fijó definitivamente a los veinticinco años, y su influjo se dejó sentir en los mismos cuerpos legales españoles, como más tarde tendremos ocasión de insistir; aunque en el momento nos permitamos señalar las Partidas como el eco más fiel, el reflejo más exacto y el trasunto más homólogo de aquella ordenación legal, en contra de la trayectoria seguida por las leyes visigóticas, que exigían nada más la edad de catorce años para ser testigo, otorgar testamento y contratar (14).

Nuestro Fuero General influenciado por esta tendencia, redujo la edad pronunciada, hasta elevarla el Amejoramiento a los catorce años en los hombres y doce en las hembras. Pero una vez más pudo el derecho romano, hasta incluso, sentando vigorosamente una costumbre contra ley, que perduró hasta nuestros días.

Desde el siglo XVII, como decimos, siempre se siguió la misma observancia práctica, unánimemente reconocida, relegando a un justísimo olvido las disposiciones escritas, que pugnaban contra todo sentido jurídico y contra todo sentido común; que aunque mucho cuesta decirlo, menester es confesar.

Por ello no es de extrañar que don José Alonso, ya en el año 1848, manifestara: «Esta costumbre tan conforme con el derecho común de los romanos, creemos que ha podido hacer callar las disposiciones del Fuero y de su Amejoramiento. Por lo mismo, si bien las hembras mayores de doce años, y los varones que lo sean de catorce podrán otorgar válidamente sus testamentos, como lo dispone también el Derecho común, no pueden administrar sus bienes, ni comparecer en juicio hasta que cumplan los veinticinco años» (15).

Verdaderamente que estamos en presencia del típico caso de la costumbre contra ley, que incluso perduró después de la promulgación del Código civil, y a pesar de lo dispuesto en su artículo 5.º. Ya que el sentir de don Maceliano Isabal (16) «si bien las costumbres que al promulgarse el Código no existían, nunca posteriormente pudieron tener la fuerza derogatoria de la ley», sin embargo, a «las costumbres que al publicarse éste se hallaban en vigor, la continuación de su vigencia es por nosotros tenida por

(13) Véase nota 24.

(14) SALVADOR MINGUIJÓN ADRIÁN, *Historia del Derecho español*, 1927, tomo I, pág. 49.

(15) JOSÉ ALONSO, *Recopilación de los Fueros y Leyes del antiguo reino de Navarra*, 1848, tomo I, págs. 169 y 170.

(16) Enciclopedia Jurídica Española, Seix, *Derecho civil de Navarra*.

indiscutible, ante el texto claro y terminante del artículo 12, en que precisamente para que no cupiera duda se agregó al redactar la edición reformada la expresión: «escrito o consuetudinario». Siendo incluso confirmada esa costumbre por la Sentencia tan invocada del Tribunal Supremo de 1.º de abril de 1891; omitiendo su transcripción cuando cualquier obra que haga referencia al derecho navarro, bien la cita o la copia en su literalidad (17).

Con ello se confirmaba jurisprudencialmente la costumbre navarra que batalló contra su propia ley desde el siglo XVII; esa costumbre impuesta por las circunstancias y sobre todo admitida, por lo disparatado de nuestro precepto foral; que si bien en pureza de doctrina y de sana interpretación legal, era preciso mantenerlo en nuestro derecho escrito, sin embargo, la realidad de la vida, con sus innumerables abusos y maquinaciones usurarias, dió al traste con el espíritu y la letra del Fuero, para ampararse, por el uso repetido, en una edad que provino de Castilla; aunque Castilla la copiara del derecho romano, cuyo mejor eco, como antes dijimos, fueron las Partidas.

La solución jurisprudencial dictada, si bien desde el punto de vista de la doctrina foral era acertada, sin embargo, en la práctica suscitó una serie de anomalías al choque del contenido normativo con la realidad de la vida.

Por ejemplo, en el artículo 45 y 46 del Código civil se habla de la licencia y consejo que deben pedir los menores y mayores de edad, respectivamente, antes de contraer matrimonio. Al decir el Código simplemente «menor de edad», y no señalar una edad especial para estos efectos civiles matrimoniales, nos encontrábamos con la contradicción de que un mismo precepto de carácter general para toda la nación como es el enunciado (por formar parte del Título IV del Libro I del Código civil) en la práctica de su ejecución es totalmente diferente para los navarros que para los demás sujetos a la legislación común; pues mientras éstos tendrían que pedir la licencia matrimonial hasta los veinticinco años, los demás podían hacerlo antes de los veintitrés; ocurriendo el caso de que un varón de veinticuatro años, mientras en Castilla solamente estaba obligado a pedir el consejo, en Navarra era constreñido a solicitar la licencia para sus nupcias.

En fin, nos haríamos interminables si buscáramos a la lupa de la crítica las antologías provocadas por la disparidad de la fijación de la edad entre la provincia de Navarra y el resto de la nación; máxime cuando la edad de nuestra costumbre importada en

(17) FEDERICO BARRACHINA Y PASTOR, *Derecho foral español*, 1911, tomo I, página 279. VICTORIANO LACARRA Y MENDILUCE, *ob. cit.*, tomo I, pág. 185. VÍCTOR COVIÁN Y JUNCO, *ob. cit.*, pág. 347. DEMÓFILO DE BUEN, *ob. cit.*, tomo I, página 62. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *ob. y tomos cit.*, pág. 285. JOSÉ MARÍA MANRESA NAVARRO, *ob. y tomos cit.*, pág. 767.

la época medieval era tan retrasada para las exigencias de los tiempos modernos.

Por ello no es de extrañar que los Apéndices navarros al Código civil, escrupulosos estudios de las instituciones forales dignas de ser conservadas por razones históricas, jurídicas y prácticas, y que constituyen los genuinos relicarios del capítulo foral, no respetaran la edad del derecho romano, ni hubiera uno solo que la recogiera en su articulado

Así Morales habla de la menor edad, en el Título sexto de su Memoria, de la siguiente forma: «La declaración de que las personas de ambos sexos que no han cumplido veinte años son menores de edad, lleva ímplicita de que son mayores de edad los que han cumplido veinte años; más teniendo su lugar lo relativo a la mayor edad en el Título IX, será objeto de examen al llegar al estudio de ésta» (18).

Y en este Título IX escribe Morales: «CAPITULO I.—*De la emancipación.*—La emancipación del mayor de dieciocho años y menor de veinte que se establece, puede y debe tener lugar en Navarra, pues aunque sus leyes fijaban la mayor edad primero a los siete años y luego a los catorce, la costumbre introdujo el tiempo a los veinticinco años, como en la legislación común. CAPITULO II.—*De la mayor edad.*—Reducido en extremo en Navarra, según queda dicho, el tiempo de la menor edad, se admitió costumbre en contra de las leyes que lo fijaban, y se amplió en los términos que se dejan expresados. Graves debieron ser los inconvenientes que se tocaron al declarar mayor de edad al que tenía siete años; y el Amejoramiento del Fuero, en su capítulo primero, consideró ser esto *contra razón y derecho*, doblando el tiempo y exigiendo catorce. Graves debieron ser los motivos que tuviera aquel antiguo Reino para que, enfrente de sus leyes, estableciera la costumbre de que no tuviese lugar la mayor edad hasta los veinticinco años. De nuevo en la reforma que se propone se rebaja hasta los veinte, y no puede negarse que existen motivos racionales para ello, sin que sea este lugar el más oportuno para sostener si debiera o no llegarse en la fijación hasta los veintidós únicamente, abonando, sin embargo, la opinión formulada en el proyecto razones de analogía en cuanto a otras edades exigidas; ya que no razones sacadas del estado de las personas a los veinte años en medio de los mayores peligros que hoy ofrece la vida social» (19).

Es decir, que opta Morales por una edad intermedia, que no es ni la fijada por la ley ni por la costumbre; sacada la edad por

(18) ANTONIO MORALES Y GÓMEZ, *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra*, 1884, pág. 34.

(19) *Ibidem.* pág. 52.

analogía a otras edades, puesto que el mismo autor de la reforma recela de lo apuntado, «por los peligros de la vida social».

Sin embargo, el proyecto presentado por la Comisión difiere de la Memoria de don Antonio Morales tratando de la mayor edad en el Capítulo II del Título XI del Libro I, artículo 310, disponiendo que: «La mayor edad empieza a los veintitrés años cumplidos» (20).

En ello la Comisión no hacía sino seguir al Código civil, que así venía a prescribirlo en su artículo 320. Sin duda alguna, que las mismas dificultades que nos habla la recientísima ley de 13 de diciembre del 44 pesaron sobre los miembros informantes del Apéndice, que resolvieron adaptarse a la norma común.

Igual criterio siguió el Apéndice de derecho navarro al Código civil formulado por el Ilustre Colegio Notarial de Pamplona, que tras de sentar en el artículo 1.º: «El Código civil regirá en Navarra en cuanto no se oponga a las disposiciones de este Apéndice, sin que sea lícito invocar la aplicación de la jurisprudencia posterior a la publicación del Código civil» (21); en la quinta de las disposiciones transitorias, dice textualmente: «Quedan emancipados y fuera de la patria potestad los hijos que hubiesen cumplido veintitrés años al empezar a regir el Apéndice al Código civil».

En el proyecto de los señores Aizpún y Arvizu, en quinta de sus disposiciones transitorias se dice: «Quedan emancipados y fuera de la patria potestad los hijos que cumplieren veintitrés años al empezar a regir el Apéndice al Código civil»; haciendo a continuación la salvedad siguiente: «Pero si continuaren después de esa edad viviendo en la casa y a expensas de sus padres, salvo lo dispuesto en cuanto a los hijos de primero o anteriores matrimonios, podrán los padres conservar el usufructo, la administración y los demás derechos que estén disfrutando sobre los bienes de su peculio, hasta el tiempo en que los hijos debieran salir de la patria potestad, según la legislación anterior o terminar el usufructo foral, en el caso de que lo tuviera el padre o la madre sobreviviente» (23).

No está de más tal advertencia, que prorroga un derecho a favor de los padres cuando los hijos persisten en vivir en su compañía, «a sus expensas»; cláusula retributiva que tiene el mismo fundamento legal y moral del usufructo, administración y demás derechos de los padres con respecto a los bienes de los hijos me-

(20) *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código civil*, 1904, pág. 51.

(21) ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL, *Apéndice de Derecho navarro al Código civil*, 1930, pág. 5.

(22) *Ibidem*, pág. 42.

(23) RAFAEL AIZPÚN SANTAFÉ Y FERNANDO ARVIZU Y AGUADO, *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código civil*, 1930, pág. 39.

nores de veintitrés años; compensación que justifica la carga que voluntariamente se acepta, con un parecido equivalente.

El nuevo Apéndice navarro de 1944, en el artículo 19, dice: «La mayor edad en Navarra empieza a los veintiún años cumplidos», edad que no podía ser otra después de la ley de 13 de diciembre de 1943 antes referida.

Y con ello damos por terminado este pequeño estudio foral.

Desde la sentencia de 1.º de abril de 1891, que confirma la costumbre contra nuestro Fuero y Amejoramiento, parece ser que todos los autores navarros se pusieron de acuerdo para mostrar su disconformidad con la edad de las Partidas, que es la del derecho romano.

Ni uno solo de los Proyectos de Apéndice se pronunciaron en favor de los veinticinco años, que como una pica en Flandes clavó en nuestro Derecho don Ricardo Gullón, Magistrado que fué del Tribunal Supremo, recogiendo la costumbre observada contra el derecho escrito.

Todos, absolutamente todos, se hallaron contestes en la rebaja de la mayoría de edad; algunos, como Morales, hasta los veinte años; los demás, a los veintitrés, edad del derecho común, tal vez perdonando la diferencia en evitación de confusiones y conflictos de carácter interprovincial una vez promulgado ya el Código civil.

Por la ley de 13 de diciembre último se unificó la mayoría de edad en toda España, fijándola en los veintiún años. Y con respecto a Navarra, no solamente no atentó contra su privativo derecho, sino que incluso compaginó acertadamente la doble tendencia de la disminución de la edad con la unificación patria, tanto en lo que respecta a los efectos civiles como a los mercantiles, al identificarse con lo dispuesto en el artículo 4.º del Código de Comercio.

No creemos puedan oponerse serias ni graves razones contra la ley promulgada. Puede decirse categóricamente que la mayoría de edad en Navarra, propiamente foral, no era posible aplicarla en la práctica de la vida del derecho y de la vida social.

Los tiempos del Fuero y del Amejoramiento pasaron a la historia. Nos puede servir de gozo la idea de que antaño tanto fiaran de la buena fe del pueblo nativo, hasta conceder los máximos derechos a los de siete y catorce años, sin el menor recelo de los posibles abusos que pudieran acontecer con los menores por parte de alguien. Hoy, desgraciadamente, no podemos decir lo mismo.

Suprimido del articulado normativo lo auténticamente indígena, que solamente fué el derecho escrito, nos quedamos hoy con una edad, impuesta por la costumbre, que, aunque seguida por el pueblo navarro, tiene su origen remoto allá en la cuna de

justiniano (24), y su influencia próxima, en los Códigos manuscritos del Rey Sabio (25).

Acoplamiento consuetudinario que para nada revalida lo que siempre fué extraño a nuestra idiosincrasia; y en ello lamento cisentir de don Salvador Echaide, que mantiene criterio distinto (26).

La foralidad de una institución (valga el grafismo cualitativo) a mi manera de pensar, no es susceptible de una asimilación tan orgánica como la de la vida de la materia. La costumbre no puede imprimir carácter genuino a lo que nunca lo tuvo. La costumbre no es más que la canalización de un sentir jurídico hasta convertirlo en norma. Su fuente primitiva podrá ser el pueblo mismo, y entonces toparemos con el uso foral, tan digno de ser respetado como el derecho escrito; pero también puede proceder su manantial de algo exótico (como en la mayoría de la edad ocurre), y entonces, valiéndome de la burda pero expresiva comparación que me permití bosquejar, el canal, el conducto, la aglutinación de la voluntad jurídica general, normalmente manifestada por la colectividad que diría Enneccerus (27), indiscutiblemente habría de adjudicarse al pueblo que la implantó, pero su esencialidad propia, el contenido, la sustancia, nunca podría ser objeto de imputabilidad al mismo, porque son aguas provenientes de tierras y tiempos lejanos, tal vez perdidas en la noche de los siglos.

Así es de presumir fuera el pensamiento de todos los estudiosos navarros, que desde el primer Proyecto de Apéndice hicieron caso omiso de la edad romano-castellana, al no admitirla en uno solo de sus trabajos.

Tan poca importancia como le concede el Letrado suscribiente, una vez que la realidad de la vida abolió nuestro Fuero y Amejoramiento.

Con la ley de la Jefatura del Estado de 13 de diciembre de 1943, la juventud navarra ha ganado cuatro años en el curso de su existencia, no teniendo ya que ambicionar la situación privilegiada de otras edades nacionales, bien pertenecientes a su derecho histó-

(24) BARTOLOMÉ RODRÍGUEZ FONSECA y JOSÉ MARÍA ORTEGA, *Cuerpo del Derecho civil, que comprende las Instituciones de Justiniano y el Digesto o Pandectas, versión al español*, 1874, tomo I, pág. 158.

(25) Ley 6, Título 19, Partida 6.^a

(26) SALVADOR ECHAIDE, *Apuntes sobre la aplicación del Código civil en Navarra*, lib. I. 1891, págs. 226 y 227.

(27) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas a Enneccerus*, 13.^a revisión de Hans Carl Nipperd; traducción de la 39.^a edición alemana, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia, vol. I, tomo I, Parte General, pág. 148. año 1934.

rico (28), o a la época actual (29); ora a las edades extranjeras (30).

En definitiva: La promulgación de la novísima ley citada unifica la edad nacional, que ya juega una misma mayoría para todos los hijos de su suelo y de su sangre.

Juego en el que Navarra ha ganado mucho exponiendo muy poco.

(28) Fuero Juzgo = 15 años. Fueros de Aragón = 14 años. Fuero Viejo de Castilla = 20 años.

(29) Cataluña = a los 21 años, por Ley de 8 de enero de 1934. Aragón = a los 20 años, según artículo 10 de su Apéndice foral de 7 de diciembre de 1925. Legislación común = 23 años: artículo 320 del Código civil.

(30) Fijan a los 23 años la mayoría de edad las siguientes legislaciones: Código francés, Código de Bélgica, Código de Portugal, y Códigos y legislaciones de Italia, Inglaterra, Polonia, Suecia, Alemania, Estados Unidos de América, Méjico, Guatemala y Colombia. A los 22 años, Argentina. A los 23. Holanda. A los 24. Austria. A los 20. Suiza. Y a los 18. Rusia.

VIDA JURIDICA

Vida jurídica.

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

El hecho sindical en las transformaciones actuales del Derecho.

Tal fué el tema del discurso pronunciado por el Excmo. Sr. Ministro de Justicia, D. Raimundo Fernández Cuesta, en el discurso inaugural del curso 1950-51 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el día 17 de enero de 1951.

Comienza aludiendo al problema de la llamada «colectivización» de las modernas disciplinas jurídicas, como consecuencia de la sustitución del lema individualista, por la idea de la organización, operada en el coeficiente vivo sobre que actúa o al que sirve el Derecho. La sucesión de acontecimientos en la vida jurídica a partir de Roma, muestran hasta qué punto los Derechos de la antigüedad giran en torno a la célula familiar tipo, que crean las normas para su propio servicio, que es el de la Comunidad o bien la Comunidad las elabora en torno a la idea familiar; esta idea domina también en la Edad Media y sigue en el Renacimiento. Las Declaraciones americana y francesa de Derechos, quiebran con este sistema de primacía social de la familia, para sustituirla por la del individuo; años más tarde, las transformaciones industriales, con sus repercusiones económicas, vendrían a completar una nueva estructura social, punto de partida para las últimas transformaciones del Derecho; concretamente, el «hecho sindical».

Estima que las raíces del Sindicalismo moderno, su razón justificativa histórica, se encuentran, sin duda, en la circunstancia de ser un instrumento auto-defensivo de un sector del cuerpo social; el hecho sindical nace de la ruptura del equilibrio entre la técnica industrial nueva y la técnica político-jurídica. La sociedad no es estática; como organismo vivo se renueva cada día y se transforma casi totalmente al cabo de un ciclo cronológico más o menos prolongado; pues bien, el Derecho, para cumplir su verdadero cometido, debe seguir las variaciones de aquélla, ya que el Derecho es sólo el continente y la vida social el contenido al que atentamente debe vigilar y servir.

Tras aludir a las desviaciones y perturbaciones que la política ha originado a la idea sindical, propugna el Sindicalismo nacional como fórmula superadora de los errores implicados en tipos anteriores.

Los Sindicatos españoles son ante todo nacionales; la entraña del Sindicalismo español radica en hacer la justicia social dentro de la idea de Comunidad nacional, de la economía nacional y del espíritu y la conciencia nacionales.

A continuación realiza un intento sistematizador de las repercusiones del Sindicalismo en el Derecho español actual, que concreta de la siguiente forma:

«A) En lo institucional, el Sindicato, asociación natural y profesional de trascendencia política, integra sectores económicamente complementarios, para realizar sus fines específicos dentro de los más generales y preeminentes de la Comunidad Nacional.

Su posición institucional en el Estado es la de uno de sus estamentos. Su misión jurídica fundamental, la de poner de manifiesto las necesidades y las apetencias justas del sector comunitario a quien representa, proponiendo las soluciones normativas adecuadas para su ordenada satisfacción.

B) En lo funcional, el Estado es la estructura formal de la Comunidad en que los Sindicatos están integrados y, al encuadrar jurídicamente a aquélla, también abarca a éstos, que, por colaborar de cierto modo en las funciones estatales, justifican la personalidad pública de que han sido dotados.

Esta personalidad es la propia de las Corporaciones, sin que tal filiación los defina, en el sistema español, como órganos ni siquiera descentralizados de la Administración del Estado. Una desorbitación del concepto Corporación de Derecho público, que instituyese a la Organización Sindical en parte de la Administración, desnaturalizaría su autonomía externa y su independencia orgánica.

Colaborar en la realización jurídica de los fines de la Comunidad no es ser el Estado, único a quien corresponde de pleno derecho la totalidad de función normativa.

No obstante, la colaboración sindical en las funciones del Estado es tan importante como exige su condición de célula social natural.

En la legislativa queda bien de manifiesto con la presencia de gran número de Procuradores estrictamente sindicales en las Cortes, Asamblea política máxima a la que llevan las apetencias y necesidades de la vida social en cuanto les concierne.

En la administrativa, resalta la intervención sindical en la actividad reglamentaria, particularmente en materia laboral al asumir el Estado la misión directora que, sobre contratación y condiciones de trabajo, corresponde en otros países y en otros ordenamientos a Comités o Comisiones de conciliación. Por otra parte, la participación de los representantes sindicales en la Inspección laboral junto a la típicamente estatal, es también muy relevante. Y en general la labor inspiradora y asesora de la Organización sindical cerca del Ministerio de Trabajo y sus Organismos de Previsión social dependientes o coordinados, resulta fundamental en la estructura administrativa del Estado.

Finalmente, una paralela significación corresponde otorgar a la presencia de regidores sindicales en el cuadro de las instituciones de la Administración local.

En la función jurisdiccional, la presencia sindical es doctrinalmente tan relevante como prácticamente eficaz. Los Tribunales de Amparo, conociendo de cuantas reclamaciones no estén atribuidas por la Ley a la jurisdicción ordinaria o a las especiales, realizan una misión complementaria de la del Estado y representan una seria garantía jurídica contra las resoluciones de los organismos y jerarquías específicamente sindicales. Y otro tanto podría decirse para resaltar la importancia de la conciliación sindical previa a la actuación de las Magistraturas de Trabajo.

C) En lo económico, el principio general se formula con la afirmación de que la riqueza es obra de la Comunidad toda. Y, en este camino, los conceptos salario y beneficio del empresario van siendo revisados hacia sus justos límites, para que cada uno perciba el producto real de su aportación a la Economía nacional. La participación en los beneficios será la culminación de un proceso de nacionalización que, junto con la doctrina del seguro total, constituyen otra-

tantas fórmulas económicas, duras, pero necesarias en bien de esa misma Comunidad nacional.

Y con esto volvemos a nuestro punto de partida y creemos haber demostrado que si la base sociológica del Estado es nueva y distinta de la de hace un siglo, el Estado y el Derecho destinados por naturaleza a servirla, deben ser distintos también. Y que lo mismo que el Estado ha ido transformándose, «comunizándose», si se me permite—puesto que la idea central de todo el sistema es la Comunidad nacional—, también ha de hacerlo el Derecho. Y lo va realizando y de esta transformación nace la incomodidad de quienes presencian la aparición de tantas normas que chocan con conceptos jurídicos tradicionales. Parangonando la frase de Kirchmann, hemos de aceptar que no es el legislador, sino la sociedad, la que da órdenes a los juristas y que éstos y aquélla han de servir, si no quieren ver convertidos en basura los cientos de volúmenes alineados en sus bibliotecas.

Por ello no nos empeñamos en negar o en desconocer la realidad de los acontecimientos, la fuerza de la vida. Entre otras razones, porque de nada ha de servir la ignorancia o la negación. La vida es dinámica por naturaleza, y esas transformaciones sociales que inevitablemente implica y que antes eran producto de una evolución apenas perceptible por el ritmo con que se verificaba, tienen lugar ahora con velocidad de vértigo. Ha dejado de ser evolución para convertirse en revolución. De aquí el que los cambios nos sorprendan, choquen con nuestra formación jurídica, armónica con estadios sociales anteriores, y produzca en nosotros la reacción defensiva de quien teme encontrarse con un sistema legislativo anticuado y en la necesidad de construir otro nuevo, lo que no siempre es cómodo ni fácil. Aceptemos la suerte que nos ha correspondido, los tiempos que nos ha tocado vivir, y sustituyamos las lamentaciones y protestas por la alegría de cumplir con nuestro deber de hombres de Derecho, abriendo a la realidad los cauces jurídicos adecuados, para evitar nos arrastre en un torbellino.»

J. H. C.

Algunas consideraciones sobre el método y sistema a seguir en el estudio y exposición del Moderno Derecho de Marruecos

El conocido especialista en Derecho de Marruecos, D. Cesáreo Rodríguez Aguilera, con el título que antecede pronunció una interesantísima conferencia el 9 de febrero de 1951, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

No podía ser ajeno el campo del Derecho al interés que todo lo que hace referencia a Marruecos viene despertando en los momentos actuales a los investigadores de los más distintos sectores. De aquí que como una aportación valiosísima en el campo de la investigación del Derecho en Marruecos debamos destacar esta conferencia en que el autor, tras aludir a las imprescindibles cuestiones de método a seguir para una correcta investigación, entra de lleno en el estudio de la sistemática de la exposición ya tratada en su obra *Síntesis de Derecho marroquí*, separata del tomo I de la nueva enciclopedia jurídica.

El problema de la exposición del Derecho en Marruecos se presenta con indudables dificultades y su solución, con el máximo acierto posible, requiere un examen detenido de la realidad jurídica actual del pueblo marroquí y una

estimación adecuada de los diversos ordenamientos jurídicos vigentes en el territorio, agrupando los principios, instituciones y fuentes de acuerdo, en lo posible, con los sistemas ya aceptados en nuestro Derecho. Contribuyen a la dificultad de la materia la existencia de un Derecho que podría llamarse del Protectorado, junto con la circunstancia de que el régimen jurídico de la zona de Tánger es bien diverso de los de las zonas española y francesa y prácticamente su importancia es menor por lo reducido de su territorio, lo que aconseja, para mayor claridad en su exposición, que su estudio se reduzca a un capítulo especial.

Termina exponiendo su punto de vista en orden a la división ideal de una obra sobre el Derecho de Marruecos; a su juicio puede quedar dividida en tres grupos: el primero, referente a «la organización política de Marruecos»; el segundo, al «Derecho marroquí» propiamente dicho o indígena, y el tercero, al «Derecho hispanomarroquí» o hispanojalifiano, como se viene designando por el uso, por la doctrina e incluso por el legislador.

J. H. C.

Ciclo de Conferencias en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

El pasado día 5 de febrero dió comienzo en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos el ciclo de conferencias que organiza para el presente curso el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España. Presidió el acto el Ilmo. Sr. Director General de los Registros y del Notariado, D. Eduardo López Palop, acompañado de los Decanos de los Colegios Notariales y de Registradores y otras personalidades. Pronunció la conferencia inaugural el Registrador D. Cirilo Genovés, haciendo una revisión doctrinal y exegética de las transformaciones operadas en nuestro Ordenamiento Inmobiliario desde su fundación hasta la última reforma. Fue muy aplaudido por el público especialista que llenaba completamente el salón.

* * *

Días más tarde, bajo la misma presidencia y con igual expectación, tuvo lugar la segunda conferencia sobre materia tan interesante como son: "Las consecuencias prácticas de la teoría del modo y su relación con la tradición". La tesis resumida de esta conferencia, a cargo del Sr. Ramos Folqués, también Registrador de la Propiedad, consiste en sostener que la tradición, después de haber perdido en el siglo III de nuestra Era su carácter publicitario, quedó reducida a un simple requisito de entrega o de *solutio inter partes*, sin eficacia *erga omnes*; que, de un lado por esta causa y de otro por la natural inclinación del hombre al mal, origen de los recelos y desconfianzas humanas, el Estado hubo de intervenir en las transmisiones reales, no sólo a los fines de regulación jurídica, sino a los de determinar el momento a partir del cual se reputa adquirido un derecho *erga omnes*; que, como consecuencia de estas dos premisas, los modos de adquirir pueden ser clasificados, mirando a la extensión de sus efectos, en modos de efectos *inter partes* o *imperfectos* y modos de efectos *respecto a terceros*. clasificación ésta que puede inferirse del sentido que a la palabra *ley* confiere el artículo 609 del Código civil. Se apoya en sólidos

argumentos y ensayos interpretativos de acontecimientos posteriores histórico-jurídicos, acogándose el final de su disertación con nutridos aplausos por el selecto auditorio.

* * *

La siguiente conferencia del ciclo que reseñamos estuvo a cargo del eminente Notario Sr. Giménez Arnau, quien con su brillante y fácil palabra desarrolló el tema "Las condiciones y el Registro", enfocándolo desde un punto de vista muy acertado y relacionándolo con el análisis de sus consecuencias respecto al pago. Es de destacar su magnífico estudio sobre la naturaleza de las condiciones suspensivas y resolutorias, haciendo hincapié en el problema de su difícil calificación en muchos casos por presentarse intrínsecamente unidos ambos aspectos, que, no obstante, se destacan como separados para cada una de las partes vinculadas por la relación jurídica que sirve de soporte a aquéllas. El entronque romano de su tesis es realmente sutil y sugestivo. Una salva de aplausos premió su docta disertación.

De las restantes conferencias tendremos al corriente a nuestros lectores en los próximos números.

Santiago PEREZ VICENTE

Ciclo de conferencias sobre Reforma Agraria

Se desarrolló en Madrid entre el 15 y el 27 de marzo de 1951, patrocinado por el Instituto Nacional de Colonización, siendo fruto de un reciente convenio entre los Ministerios de Agricultura español e italiano para el establecimiento de algunos contactos entre los técnicos de ambos países con vistas a un intercambio de experiencias.

Los conferenciantes fueron los Doctores Mario Bandini, Profesor de Economía agraria de la Universidad de Perugia, recientemente nombrado Director de la Oficina especial centroinspectora de la Reforma agraria de aquel país, y Nallo Mazzocchi Alemanni, destacadísimo artifice de la brillante historia colonizadora italiana, hoy Consejero de la Caja del Mediodía que es uno de los siete organismos italianos que bajo la alta inspección de la citada Oficina del Ministerio de Agricultura asume la responsabilidad de la reforma del agro.

El Profesor Bandini desarrolló dos lecciones: «La Bonifica integral» y «La Reforma del agro en Italia», exponiendo N. Mazzocchi las «Nuevas orientaciones de la Bonifica en el Mediodía de Italia» y el tema «Los campesinos en la Bonifica y en la Reforma», este último con un enfoque en general técnico-agrario, si bien ejemplarmente lleno de humana cordialidad.

En las magníficas conferencias del Profesor Bandini se expuso a grandes rasgos toda la trayectoria histórica de la política agraria italiana. Rebasando generosa y acertadamente el tema de la primera, se refirió a los ensayos del siglo XIX—leyes para el litoral toscano de 1828-33; Ley de Bonifica Hidráulica de Baccarini en 1828—; a las más amplias concepciones sobre la Bonifica, ya no simplemente hidráulica, de 1906-1907, continuadas por varios RR. DD. de los años 1923 a 1925, y, por último, a la coordinación y unificación de toda la obra de Bonifica integral en el texto único de Serpieri, en 1933.

Cita como conceptos generales de esta Ley, su aplicación por zonas—*com-prensorios*—; la constitución de Consorcios de propietarios para la realización de las obras, y las cuantiosas aportaciones estatales, anotando cómo, a pesar de que su orientación era más general, su primer resultado evidente se limitó a los terrenos dominados por el agua (nuestras *zonas regables*).

Según el Profesor Bandini, la resistencia presentada por la inmensa mayoría de los propietarios, sobre todo los de las grandes concentraciones territoriales del Mediodía, tiene una decisiva importancia como justificación de las nuevas tendencias de la Reforma agraria en Italia.

En esta apreciación coincidió también el Dr. Mazzocchi, en uno de sus dos bellos discursos, si bien adujo determinadas explicaciones de la conducta de los propietarios, relacionadas principalmente con la lentitud de las obras estatales y su desacertado desarrollo a causa de la falta de coordinación entre los diversos organismos oficiales, citando a este respecto casos muy curiosos. Pero expuso nuevos elementos de juicio, al referirse también a otras causas determinantes de la Reforma: la mala regulación de los contratos agrarios (objeto de una Ley que actualmente se discute en el Parlamento) y, entre otras varias, la excesivamente ambigua concepción de la Bonifica integral, tipo agro pontino, tan necesitada de las correcciones prácticas actualmente en dificultoso desarrollo allí; no siendo posible dejar de consignar los repetidos elogios que hizo Mazzocchi al referirse a las diversas realizaciones del Instituto Nacional de Colonización español en este terreno práctico de la reforma del agro.

Al tratar Bandini de las actuales orientaciones y realidades de la política agraria italiana, que persigue intensificar los esfuerzos hacia una subdivisión de la propiedad privada, fenómeno general en todo el occidente europeo, y que se inspira en el deseo de llevar a cabo rápidamente realizaciones agrícolas, mejor que grandes obras, mediante el trabajo coordinado de los Servicios oficiales, Consorcios de Bonifica y Organismos de Reforma, todo ello bien diferente de la simple reforma de reparto de la propiedad hecha en unos doce países de Europa, desde el Báltico hasta Grecia, después de la primera guerra mundial, y bien distinto también de la ley de la Bonifica, cuya norma era el respeto a la propiedad privada, además de referirse a las obligadas rectificaciones de la llamada Bonifica integral, en vista de los defectos antes apuntados, acertó a dar en poco tiempo una amplia y bien ordenada noticia, centrandó su exposición en la Ley Stralcio por ser como una anticipada aplicación, por zonas de actuación urgente, de la Ley general de Reforma todavía sin discutir por el Senado italiano, pero sin dejar de hacer alusiones a la Ley de 12 de mayo de 1950, dictada para el territorio de la Sila (Calabria).

A diferencia de la Ley del latifundio siciliano (año 1940), basada en la mejora obligatoria de las fincas por parte de los propietarios, ayuda del Estado y sólo en último extremo expropiación forzosa, la Ley Stralcio se basa en la expropiación de las propiedades agrarias a partir de las que tienen un líquido imponible superior a 30.000 liras, mediante la aplicación de procedimientos mecánicos, por un precio determinado sobre la base del valor señalado a las fincas a efectos del impuesto patrimonial (que viene a representar, en general, el 50 por 100 del valor de aquéllas en el mercado inmobiliario), y efectuándose el pago en títulos de la Deuda del Estado al 5 por 100, amorti-

zables en veinticinco años. Los porcentajes de expropiación oscilan entre el 20 y el 94, 99 por 100 de las grandes propiedades y se determinan en función combinada de la mayor o menor extensión de las propiedades e intensidad del cultivo: a mayor cabida y menor intensidad cultural, mayores coeficientes de expropiación.

Se ha evitado el criterio de dirigir la expropiación preferentemente sobre las fincas mal labradas, por estimar que se prestaría a abusos, aparte de las dificultades que presenta por la tramitación individualizada que el referido criterio impone para los expedientes de expropiación forzosa.

Finalmente, y en cuanto a las etapas y modalidades previstas para la realización de esta reforma, prescindiendo de muy interesantes detalles, nos limitaremos a apuntar los siguientes aspectos y referencias numéricas: la instalación de los colonos se efectuará rápidamente, como en España se hace por el Instituto Nacional de Colonización en las fincas que adquiere, buscando esa insustituible integración del hombre campesino y la familia en la obra emprendida (extremos éstos que fueron por cierto muy bien desarrollados por el Profesor Mazzocchi); los colonos amortizarán a largo plazo, además del precio pagado por la tierra, un tercio, aproximadamente, del importe de las obras de mejora, quedando el resto a cargo del Estado: en el verano de 1951 se espera poder expropiar 200.000 hectáreas, para llegar en la primavera de 1953 a las 700.000 previstas, y el Estado italiano invertirá en la obra de Reforma agraria 350.000 millones de liras en diez años, es decir, 25.000 millones de pesetas al cambio de moneda dado por el conferenciante: cifras éstas, debe observarse, que, con ser tan importantes, no representan la totalidad de las que se piensa destinar en Italia a las reformas en proyecto, puesto que refiriéndose el Profesor Mazzocchi a las disponibilidades de la Caja del Mediodía, dió unas cantidades muy superiores a las antes citadas, destacando expresamente que eran sólo para su inversión en la Italia del Sur.

* * *

Sería, quizá, interesante ampliar aún esta reseña, pero ya la dejamos así. ¿Qué nos enseña el rápido bosquejo, tan magistralmente trazado por estos profesores italianos, de la política agraria italiana histórica y actual? Dicho muy sencillamente, la misma lección que se desprende del estudio de nuestras leyes en materia de auxilio a los regadíos, culminadas en la de Colonización de zonas regables de 21 de abril de 1949. De este interesante proceso legislativo español heube de ocuparme, hace más de un año, en *Málaga* con motivo de las Jornadas Sociales de 1950 (Cf. el vol. IV, núm. 20 de «Estudios», publicación del I. N. C.).

Es decir, que en Italia, como en España, se ha pasado en esta materia desde el concepto clásico de las grandes obras de reforma con orientación marcadamente económica y bajo la preocupación absorbente de la actividad puramente constructiva, hasta la actual tendencia, muy acusada en estas conferencias, dirigida a la consecución de rápidas realizaciones agrícolas, merced a la acción coordinada de las diferentes técnicas y en beneficio de la población rural.

Claro es que la semejanza queda sólo referida al ámbito mucho más circunscrito que tienen estas realizaciones españolas si se comparan con la co-

local encargado del empeño que actualmente acomete el Estado italiano, ampliamente favorecido, debe decirse, con los auxilios del Plan Marshall.

No obstante, dado el gran número de problemas abordados en estas conferencias, quizá fuera de provecho dedicar un espacio mayor en otra ocasión, no sólo a comentarlos, con el detenimiento que su interés reclama, sino a comparar y extraer conclusiones que pudieran ser de alguna utilidad.

Jaime MONTERO y GARCIA DE VALDIVIA
Abogado de Estado.

B) EXTRANJERAS

El nuevo Derecho de familia checoslovaco

En 7 de diciembre de 1949, la Asamblea Nacional de la llamada República popular checoslovaca aprobó una nueva Ley fundamental de la Familia, de cierto interés para los lectores de nuestra Revista. Consta de 91 artículos, distribuidos del modo siguiente:

CAPÍTULO I.—EL MATRIMONIO.

Primera parte: Celebración.

Segunda parte: Derechos y deberes de los cónyuges.

Tercera parte: Divorcio.

CAPÍTULO II.—DE LOS PADRES E HIJOS.

Primera parte: Disposiciones generales.

Segunda parte: Investigación de la paternidad.

Tercera parte: Potestad de los padres.

Cuarta parte: Adopción.

Quinta parte: Alimentos.

En un resumen de sus principales disposiciones habría de destacarse, en primer término, la obligatoriedad de la forma civil, siempre previa a cualquier «rito matrimonial eclesiástico». La celebración tiene lugar ante el llamado Comité nacional local correspondiente; de lo contrario, el matrimonio «no se considera contraído». Los contrayentes deben declarar que conocen el estado de salud de ambos. El matrimonio no puede ser contraído por persona tarada físicamente o no suficientemente desarrollada psíquicamente, a menos que «su estado sea conciliable con los fines matrimoniales». Los futuros cónyuges han de ser mayores de edad; sólo por graves motivos puede autorizarse para contraer al menor que haya cumplido dieciséis años.

En la comunidad familiar, los esposos tienen los mismos derechos y deberes; en las cuestiones fundamentales que afecten a aquélla, los cónyuges deciden de común acuerdo y, a falta de éste, resuelve la autoridad judicial. Ninguno de ellos necesita autorización del otro para ejercer una profesión ni para cambiar de empleo. «Los esposos pueden declarar de común acuerdo, en el acto de la celebración en la oficina matrimonial, que el apellido de uno de ellos será.

«en lo futuro, el común de ambos.» Mediante el matrimonio nace entre un cónyuge y los parientes del otro el parentesco cognaticio, que se extiende existente aun después de la cesación del vínculo.

A la satisfacción de las necesidades familiares deben contribuir ambos cónyuges, en proporción a sus posibilidades económicas. La administración del caudal común corresponde indistintamente a cualquiera de los esposos, obligando con sus actos a ambos. Constituye patrimonio común el conjunto de bienes adquiridos durante el matrimonio por cualquiera de sus miembros, con excepción de los provenientes de herencia o donación y los que les sean respectivamente indispensables para sus necesidades personales o el ejercicio de su profesión. La comunidad patrimonial legal se rige por las normas de la copropiedad. La participación en ella de los cónyuges es cuantitativamente igual. La previsión de un sistema patrimonial legal no excluye la posibilidad de que se convenga voluntariamente otro distinto, que deberá ser consignado en documento legal, a fin de que pueda ser conocido de terceros y alegado frente a éstos.

El divorcio puede ser pedido por el cónyuge inocente siempre que hayan surgido en el matrimonio diferencias «profundas y duraderas». También puede solicitarlo el culpable, con consentimiento del inocente. «Si los cónyuges tienen hijos menores, el vínculo no podrá ser disuelto en perjuicio de los intereses de aquéllos.»

Los padres tienen a su cargo el cuidado y alimentación de los hijos, así como su educación «de modo que queden preparados convenientemente para contribuir, según su capacidad y aptitudes, al bienestar de la sociedad». Los padres convendrán cuál será el apellido de uno de ellos que hayan de llevar los hijos, caso de que ambos no usaren el mismo. Si no hubiere acuerdo, resolverán los Tribunales.

El hijo nacido de madre casada en segundas nupcias antes de los trescientos días de la disolución del primer matrimonio, se presume engendrado por el segundo esposo.

El reconocimiento de un hijo por el padre, sólo puede hacerse con el consentimiento de la madre, si vive. Puede tener lugar incluso respecto al hijo todavía no nacido, pero sí concebido. El reconocimiento forzoso puede ser demandado judicialmente por la madre o el hijo frente al varón que cohabitó con aquélla entre los cien y los trescientos días precedentes al nacimiento. El presunto padre puede oponerse a la demanda con todos los medios legales hábiles.

La patria potestad debe ser ejercitada del modo más favorable a los intereses del hijo y «al bienestar de la sociedad». Corresponde por igual a ambos cónyuges. Si ambos son incapaces, la autoridad judicial designa un tutor. La administración de los bienes del hijo no autoriza a los padres para realizar actos de disposición, que deberán ser visados por los Tribunales. La autoridad paterna puede ser suspendida judicialmente en caso de impedimento temporal. La infracción grave de los deberes implicados en ella puede dar lugar a su privación total.

La adopción sólo se autoriza cuando resulte beneficiosa para el adoptado, que habrá de ser necesariamente menor. Entre adoptante y adoptado habrá una «conveniente» diferencia de edad. Los cónyuges adoptarán de común acuerdo,

a menos que uno de ellos esté incapacitado. La adopción se solemniza ante los Tribunales y puede ser revocada por causas graves o extinguida por acuerdo entre el adoptante y el adoptado mayor de edad.

Las normas relativas a la deuda alimenticia entre parientes carecen de interés particular.

A. G. R.

El Notariado en la República Dominicana

La aparición de la Ley de 18 de julio de 1950, otorgando funciones notariales a los Letrados que desempeñen o hayan desempeñado durante un plazo mínimo de dos años los Juzgados de Paz, como titulares o suplentes, justifica suficientemente un breve recuerdo de las normas orgánicas del notariado dominicano.

En realidad aquella Ley no contraría los principios generales de la fundamental, de 8 de noviembre de 1927, sino en un extremo, el de carácter general con que otorga las referidas funciones a todos los funcionarios y ex funcionarios judiciales locales, en tanto que ésta exige designación individual por la Suprema Corte, deferida a los dominicanos mayores de veinticinco años, en pleno uso de sus derechos civiles y políticos, de buenas costumbres y que se hallen en posesión de los títulos de Licenciado o Doctor en Derecho o Notario.

Probablemente el legislador dominicano quiso llenar con la Ley de 1950 un problema de penuria de fedatarios. Ya antes, arbitró el recurso de que en los casos de ausencia, vacante, incompatibilidad o destitución de un Notario, le sustituiría en sus funciones el Alcalde de la localidad en que ejercía.

Es curioso, también, el hecho de que, según la Ley de 1934, terminado el periodo de interinidad del Alcalde, éste, previo inventario, deposita el protocolo total hallado en la Notaría, en el Juzgado de Primera Instancia, quien procederá a su venta en pública subasta, en la que sólo podrán tomar parte otros Notarios.

Por lo demás, el notariado depende de la Suprema Corte, que ejerce funciones disciplinarias a instancias de Procurador General de la República; las funciones notariales son incompatibles con las judiciales (salvo la excepción consignada al comienzo de la presente nota); el Notario deposita en el Juzgado de primera instancia su firma y rúbrica únicamente, lo que hace suponer que es desconocido el signo conocido entre nosotros: habrá de tener en sitio visible de su estudio un cuadro con los nombres de las personas interdictadas en la extensión de su jurisdicción.

Los Notarios se definen literalmente como funcionarios instituidos por la Ley para recibir los actos a los cuales las partes deban o quieran dar el carácter de autenticidad inherente a los actos de autoridad pública, para darles fecha cierta, conservarlos en depósito y expedir copias. Sin duda, en el concepto acto se comprenden por igual los hechos y los negocios jurídicos, puesto que en el resto del articulado se habla de contratos, contratantes, escrituras, etc. y en el arancel publicado se incluyen los honorarios a percibir por convenciones y testamentos autorizados.

Los referidos actos serán recibidos por dos Notarios o por uno, asistido

de dos testigos ciudadanos que sepan leer y escribir y estén domiciliados en la jurisdicción.

Está prohibido a los fedatarios públicos hacer constar, en los actos relativos a inmuebles, la inexistencia de gravámenes, a menos que tengan a la vista certificación oportuna del Conservador de Hipotecas de la provincia, en que así expresamente se diga. Tampoco pueden expedir copias de ningún acto que deba ser registrado, sin el previo cumplimiento de esta formalidad.

La inspección de las notarias es anual y se lleva a cabo por los Procuradores fiscales en sus respectivas jurisdicciones.

A. G. R.

Egipto.—Ley de Nacionalidad

En 13 de septiembre de 1950 ha sido promulgada la nueva Ley de Nacionalidad. Comprende veintinueve artículos, cuya síntesis es la siguiente: Son egipcios los miembros de la Real familia, los establecidos en el territorio antes de 1 de enero de 1848 y que hayan conservado en él su residencia habitual hasta el 10 de marzo de 1929 sin haber adquirido una ciudadanía extranjera, los súbditos otomanos nacidos en Egipto de padres domiciliados en el país, los de la misma condición sujetos a las leyes militares egipcias y los que sin reunir ninguna de ambas condiciones hayan residido desde 1914 y solicitado ser considerados como nacionales. La ciudadanía del padre se comunica automáticamente a la esposa e hijos menores. Son, además, egipcios: El hijo de padre egipcio, el de madre egipcia y padre apátrida o desconocido, el niño hallado sin parientes conocidos. También goza de la nacionalidad el nacido de madre egipcia y padre extranjero, que opte por aquella en el año siguiente a su mayor edad. Los súbditos de otros países pueden obtener la naturalización por concesión, siempre que residan en el territorio y sean mayores de edad, sanos, con medios de subsistencia y conozcan el árabe.

La mujer extranjera que casa con un egipcio no adquiere esta ciudadanía si no hace constar su deseo en el acta de matrimonio o ulterior solicitud. En todo caso, la adquisición no tiene lugar hasta transcurridos dos meses después de contraído el vínculo.

El problema de la renuncia a la nacionalidad es resuelto en el sentido de que el egipcio no puede adquirir una ciudadanía extranjera sin haber sido expresamente autorizado para ello. La falta de tal autorización determina que el interesado siga siendo considerado como nacional.

La mujer egipcia que case con extranjero conserva su condición.

Entre las causas habituales de pérdida de la nacionalidad figura la de haberse adherido a una organización extranjera, cuyo objeto sea la propaganda subversiva contra el orden social o económico de Egipto.

A. G. R.

La Ley egipcia de Hipoteca Naval, de 6 de marzo de 1951

Prevía aprobación por ambas Cámaras, el Rey Faruk ha sancionado la referida Ley, que consta de treinta y un artículos, distribuidos en dos Secciones, que incluyen, respectivamente, las normas relativas a los que se denominan «Privilegios marítimos» e «Hipoteca naval» propiamente dicha.

Se califican exclusivamente de privilegios: 1) Los gastos de Justicia y cualesquiera otros realizados para la conservación del navío y para proveer a la venta y a la distribución de su precio, así como los impuestos, el importe de los daños causados en los puertos, los derechos de estadía, de faros y los de guarda del buque anclado; 2) Los créditos resultantes de salarios adeudados al Capitán o de la tripulación; 3) Las remuneraciones debidas por salvamento o asistencia y la contribución del barco a las averías comunes; 4) Las indemnizaciones por abordajes u otros accidentes, las originadas por lesiones causadas a los pasajeros o daños en los equipajes o carga; 5) Los créditos provenientes de contratos celebrados por el Capitán fuera del puerto de amarre, dentro de los límites de sus poderes, para las necesidades reales de conservación del navío o continuación del viaje.

Tales privilegios recaen sobre el navío, el flete del viaje durante el cual se originaron, y sobre los accesorios de ambos. A este fin se consideran accesorias las indemnizaciones debidas al propietario por daños sufridos en el buque y por averías comunes, y las remuneraciones que no le hayan sido satisfechas por salvamento. No se incluyen en este concepto las indemnizaciones por seguros ni las primas o subvenciones concedidas por el Estado. La prelación de los privilegios viene determinada por el orden en que se han enumerado. Las de cada viaje son preferidas a las del precedente.

Los referidos créditos son de naturaleza real y se extinguen por la venta judicial del buque, por cambio de propiedad y por prescripción. En el segundo caso, siempre que los acreedores formulen su oposición al pago del precio, en tiempo oportuno, la transmisión tiene lugar con las cargas, que se pagarán a cuenta de aquél. La Administración tiene un derecho de retención para percibir sus créditos.

Los navíos son susceptibles de hipoteca, que se constituye en documento auténtico y se inscribe en el Registro de Buques. La hipoteca puede ser total o sobre parte del barco. En este caso se extiende al casco, instalaciones y accesorios, no reputándose tales el flete, las primas concedidas por el Estado ni las indemnizaciones por daños o seguro. Sin embargo, y con consentimiento del asegurador, podrá pactarse que el acreedor hipotecario se haga pago con ellas.

La inscripción de la hipoteca se menciona en el título y en el certificado de inmatriculación.

Los acreedores hipotecarios se posponen a los privilegiados, y, entre ellos, la prioridad de sus créditos viene determinada por la fecha de los mismos. La inscripción hipotecaria prescribe a los cinco años de su fecha, a menos que antes sea renovada. Garantiza, al mismo tiempo que el capital, el importe de los intereses de dos años. La notación del procedimiento de aprehensión del navío impide su enajenación posterior. La resolución judicial de adjudicación purga todas las hipotecas constituidas y los acreedores son pagados con el precio. La aprehensión y venta judicial del buque sólo puede ser solicitada por acreedor que lo sea de más de la mitad del valor del mismo. El comprador que desee librar el navío de las cargas impuestas sobre él, debe notificar a los acreedores en los quince días siguientes a la adquisición, pudiendo, a continuación del depósito del importe de los créditos, solicitar su cancelación en el Registro.

El interés de los créditos hipotecarios navales no debe exceder del 12 por 100.

La Ley que resumimos aparece inserta en lengua árabe en el *Journal Officiel*, núm. 23, de fecha 12 de marzo del corriente año, y en francés en el *Journal du Commerce et de la Marine*, de Alejandría, correspondiente al 17 del mismo mes.

A. G. R.

II. NOTAS CRITICAS

La conservación de los regímenes forales y las leyes generales anteriores al Código civil

(Nota sobre la discusión parlamentaria de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888.)

Señalaba F. Rodríguez San Pedro, miembro de la Comisión del Congreso encargada de emitir dictamen en la legislatura de 1884-1885, sobre el Proyecto de Ley de Bases, presentado a las Cortes por Francisco Silvela, que los discursos pronunciados en la discusión parlamentaria del mismo serían consultados más de una vez para conocer el espíritu de las disposiciones que se aprobasen, pues servirían, si no de autoridad decisiva, al menos de autoridad interpretativa, en lo que se refiere a la aplicación de los preceptos y desenvolvimiento del estado de cosas que había de crear el Proyecto. La idea parece como si hubiera de quedar sin realización, debido a la actitud de la doctrina jurídica española respecto a estos precedentes, apenas estudiados o citados alguna vez de modo fragmentario. Revelar las opiniones allí sustentadas, el juego y enlace de los diversos criterios y aun los errores cometidos, constituye una labor, si fatigosa y oscura, muy útil, y por ello hemos preparado sobre el tema un estudio conjunto, de uno de cuyos capítulos forma parte esta Nota. En la redacción de la misma se ha seguido el criterio de abandonar todas las cuestiones de carácter secundario, y aun de aquellas que a pesar de su importancia han perdido valor actual.

El párrafo segundo del art. 12 C. c. dispone—como norma general, frente al sistema especial del art. 13—que «en lo demás (es decir, fuera de los casos indicados en el primer párrafo), las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como Derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales». Interpretando este precepto, un sector de la doctrina estima que en las provincias y territorios donde subsistía Derecho foral, al tiempo de la publicación del Código civil, se conservan sin alteración las leyes generales anteriores al mismo, aunque éste las hubiese modificado o derogado. Por el contrario, otro sector doctrinal y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sostienen que dichas leyes generales se aplicarán, o dejarán en su caso de aplicarse, en las provincias y territorios de Derecho foral, del mismo modo que en el resto de la Nación (1). El hecho de que el problema no aparezca todavía como indiscutible.

(1) Para la exposición de las diversas opiniones sustentadas y argumentos empleados, nos remitimos a F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, t. I, libro preliminar (*Introducción al Derecho civil*), págs. 252-255. El autor introduce en la polémica nuevos argumentos en favor de la última opinión expuesta, como son que los foralistas podrían mantener su propio (foral) régimen jurídico y que es ésto lo que les fué concedido, el absurdo resultado de que una sola peculiaridad foral suponga la petrificación en torno suyo de las leyes generales anteriores al C. c., y el mantenimiento de normas de carácter

aunque si resuelto de hecho, justifica que no resulte ocioso añadir un nuevo dato para la interpretación del precepto, como es el de señalar el propósito que guió al legislador. Constituye nuestra finalidad exponerlo, tal como se deriva del análisis de los precedentes.

El artículo 5.º del Proyecto de Ley de Bases, presentado a las Cortes por F. Silvela, indicaba que «en las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones legales, usos, costumbres y doctrina que en la actualidad constituyen excepción del Derecho común de Castilla, de suerte que no sufra alteración su régimen jurídico actual por la publicación del Código, teniendo éste tan sólo el carácter de Derecho supletorio en aquellas cuestiones en que no sean aplicables el Derecho romano y el canónico» (2). La finalidad del precepto es clara: se quiere conservar el *statu quo* de los regímenes forales en el período transitorio de la codificación («por ahora», es decir, antes de la formación de los Apéndices forales), manteniendo para ello en vigor «todo lo que hoy es y se respeta por los Tribunales como Derecho foral», sirviendo el Código civil como último Derecho supletorio, para resolver las cuestiones antes resueltas por el Derecho de Castilla, suplantando así la misión que el legislador atribuía a éste (3); se quieren conservar *in complexu* los Derechos forales, que constituyen excepción al Derecho de Castilla, y, como consecuencia, no sufrirán alteración los regímenes forales. Si se hubiera conservado esta redacción en el C. c. no hubieran surgido, probablemente, dudas en la doctrina, ya que la interpretación gramatical hubiera sido origen de problemas y porque se expone con mayor claridad la relación existente entre el mantenimiento de las disposiciones que constituyen excepción al Derecho de Castilla (causa) y la no alteración de los regímenes forales (efecto deseado).

El precedente inmediato, en el orden literal, del párrafo segundo, artículo 12 C. c., es el artículo 5.º del Proyecto de Ley de Bases en la forma en que lo redactó la Comisión del Senado, encargada de emitir dictamen en la legislatura 1884-1885. Dice así: «... las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá

público (político) en las provincias y territorios forales, contrapuestas a las generales del Ordenamiento jurídico de la Nación española. Como se observará, aparte de los argumentos para la interpretación finalista del precepto (entre los que se encuentran, como esenciales, los que acabamos de indicar) y el derivado de la idea de que se debe atender a la finalidad perseguida por el legislador de ir afirmando la unidad jurídica nacional), el argumento más frecuentemente utilizado es el deducido de la interpretación gramatical («su actual régimen jurídico» como conjunto de normas aplicables en las provincias y territorios forales, y de su jerarquía; o bien: como conjunto de normas jurídicas de carácter foral y su especial jerarquía, excluyéndose las de otro origen). En realidad, como ha observado CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, 7.ª ed., Madrid, 1949, t. I, página 101), son admisibles los resultados propuestos por las dos encontradas formas de interpretación gramatical que hemos mencionado; señalemos que, sin ser decisiva, tiene en su favor mejores argumentos la segunda de las mismas. En esta nota se aclarará el origen de la no muy afortunada redacción del precepto, que ha dado origen a estas discrepancias interpretativas.

(2) Diario de Sesiones de las Cortes. Senado, legislatura 1884-1885, sesión 12-1-1885, apéndice único al núm. 54, pág. 4.

(3) F. SILVELA: *Predámulo del Proyecto*, loc. cit., págs. 3-4.

tan sólo como supletorio» (4). El origen de esta nueva redacción se debe a diferentes motivos: por una parte, se borra la referencia a que el Derecho foral constituye excepción al Derecho común, pues ello repugnaba a los foralistas y aún a algunos que no lo eran, que entendían que el Derecho de Castilla y los Derechos forales poseían igual condición, atribuyendo a lo sumo al primero, tan regional en su opinión como los demás, alguna mayor autoridad derivada de la mayor extensión del territorio en que regía (5), negando así al Derecho de Castilla el valor de Derecho común de España (6). Se modifica también el final del precepto, al parecer debido a que los representantes aragoneses enviaron exposiciones a la Comisión, señalando que deseaban el Código civil como Derecho supletorio único (7); esta es la explicación que me

(4) DSC., S., leg. 1884-1885, ap. 8.º al núm. 65, pág. 2.

(5) DURÁN Y BAS, DSC., C., leg. 1884-1885, t. X, pág. 5030. GUTIÉRREZ, DSC., S., leg. 1884-1885, t. III, págs. 1247-1248. MARÍN ORDÓÑEZ, DSC., C., leg. 1884-1885, t. X, pág. 4825.

(6) PLANAS, DSC., C., leg. 1884-1885, t. X, págs. 4867 y 4924. GIL BERGES, DSC., C., leg. 1884-1885, t. XI, pág. 5199.

Por otra parte, se niega a las normas de los Derechos forales el carácter de privilegio (DURÁN Y BAS, DSC., C., leg. 1884-1885, ap. 10 al núm. 167, pág. 1. PLANAS, DSC., C., leg. 1884-1885, t. X, pág. 4922. GIL BERGES, DSC., C., leg. 1884-1885, t. XI, págs. 5216 y 5225), decayendo finalmente la cuestión en un debate de tipo político sobre la importancia de las Cortes en los diversos Reinos, para deducir de ello el mayor o menor valor de las distintas normas, según que su origen hubiere sido más o menos parlamentario; buscando así el carácter de privilegio en relación a cada ordenamiento jurídico especial, se desvirtúa la cuestión principal—que era determinar el carácter privilegiado en relación con el Derecho común o de Castilla—. La única posición constante del legislador es—en contra de los precedentes de codificación anteriores—la de negar que los Derechos forales constituyan un privilegio personal de los aforados (Preámbulo al Proyecto de F. SILVELA, DSC., S., leg. 1884-1885, ap. ún. al núm. 54, pág. 3). Una enmienda de MENA Y ZORRILLA, basada en este criterio (DSC., S. leg. 1884-1885, ap. 3 al núm. 70) es retirada por su autor, después de haber sido impugnada vivamente por B. GUTIÉRREZ (DSC., S., leg. 1884-1885, t. III, págs. 1419-1421).

(7) M. SILVELA, DSC., S., leg. 1884-1885, t. III, pág. 1269. Esto es lo que solicitan posteriormente los representantes de las provincias aragonesas en el Congreso, en una enmienda al art. 7.º del Proyecto, que, en lo que aquí importa, dice: «El art. 7.º del Dictamen se redactará así, pasando el 7.º a ser 8.º: Art. 7.º: No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el C. c. empezará a regir como supletorio en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas» (GIL BERGES, FERNÁNDEZ DE NAVARETE, PÉREZ GARCHITORENA, LASIBERRA, GARÍN, GASTRÓN, MARQUÉS DE GOICOENETEA, DSC., C., ap. 2.º al núm. 175). La Comisión la acepta, y ALONSO MARTÍNEZ propone una modificación «... para evitar un peligro» (que sería el de desvirtuar la renuncia al régimen foral, confundiéndola con una simple admisión del Código civil como único Derecho supletorio, que es lo que se desprende de la enmienda y de sus precedentes), en el sentido siguiente: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código civil empezará a regir en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquellas disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente están vigentes, asegurado que con ello no se desvirtúa el pensamiento de la enmienda. Parece que se nos fuerza a creer, por tanto, que hasta entonces el modo de expresarse los representantes de Aragón había sido poco adecuado (deseaban que el Código civil fuera único Derecho supletorio, según sus palabras), puesto que lo que aceptan es la renuncia al régimen foral, cosa muy diferente, al estar conformes con la modificación introducida por ALONSO MARTÍNEZ (GIL BERGES, DSC., C., leg. 1884-1885, t. XI, pág. 5230). Probablemente, hubo en ellos un cambio de criterio, que aparece enmarcado en la discusión parlamentaria en la forma que hemos expuesto».

parece más adecuada, aunque no faltan otras (8). Frente a los temores de los foralistas, que creyeron ver en el cambio de redacción la supresión de los Derechos supletorios forales (9) y deseaban una declaración concreta sobre este punto, se observa que el espíritu del precepto no ha cambiado, y que la nueva redacción, autorizada por el Ministro de Gracia y Justicia (F. Silvela), no implica la supresión de los Derechos supletorios forales (10). Pero, en lo que a la cuestión aquí tratada importa, la nueva redacción, que se mantiene en el dictamen de la Comisión del Congreso (11), resulta perturbadora, porque hizo posible pensar que se mantienen sin alteración los regímenes jurídicos entonces existentes en las provincias forales para lograr que los Derechos forales se conserven en toda su integridad: un paso más lo constituye la idea de que el mantenimiento de dichos regímenes jurídicos se hacía necesario, porque régimen jurídico de una provincia o territorio foral y Derecho foral del mismo son la misma cosa.

Por fortuna, en la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley de Bases se aclaró el significado de la fórmula empleada, y ello nos permite asimismo conocer el propósito del legislador en lo relativo al problema. Rodríguez San Pedro, impugnando la opinión de Gamazo, sostiene que el artículo 5.º del Proyecto, al decir «su actual régimen jurídico», no quiere indicar «el régimen foral o regional en la acepción estrecha de la palabra, sino el régimen jurídico, que es el compuesto de todo el género de disposiciones allí vigentes»; «el artículo 5.º dice que se mantiene el régimen foral en las condiciones en que se encuentra a la publicación del Código, y por consiguiente, que ese derecho foral habrá de componerse de aquel derecho foral propiamente dicho y de sus complementos, el derecho romano, el derecho canónico, el derecho común y la equidad, según los distintos fueros y según los distintos países, pero conjuntamente con esto, y principalmente sobre esto, conviene esto aclararlo, de las disposiciones que se han adoptado desde las fechas que antes he recordado (se refiere a las de los Decretos de Nueva Planta, y a 1841 para Navarra) en adelante» (12). Vemos aquí que el error ha surgido, y que se apuntan también las últimas consecuencias del mismo, es decir, la ampliación del concepto de Derecho foral. Gamazo combate a su vez esta interpretación de Rodríguez San Pedro y solicita una declaración del Ministro de Gracia y Justicia sobre este extremo. Copiaremos sus palabras debido al interés que presentan. Dice así: «Hay en este artículo dos frases, dos ideas que pueden prestarse a confusión y oscuridad. Las provincias en que subsista derecho foral no sufrirán alteración en su actual régimen jurídico: primera declaración del artículo. El Código

(8) ULLOA Y REY, DSC., S., leg. 1885-1886, t. III, pág. 1292, sostiene que se aceptó por la Comisión una transacción con uno de sus miembros, que estaba dispuesto a presentar una enmienda en el sentido de que el Código civil fuera el único Derecho supletorio, aceptándose este criterio, aunque luego se incumple el compromiso.

(9) MALQUER, DSC., S., leg. 1884-1885, t. III, págs. 1264-1265 y 1268.

(10) M. SILVELA, DSC., S., leg. 1884-1885, t. III, pág. 1268. Así lo reconoce posteriormente el propio F. SILVELA, DSC., C., leg. 1884-1885, t. XI, pág. 5085.

(11) DSC., C., leg. 1884-1885, ap. 2 al núm. 166, pág. 3; después de «supletorio» se añade: «en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales» (para evitar que pueda pensarse que el Código civil será el único Derecho supletorio). Se añade, también, que el título preliminar del Código civil tendrá valor general.

(12) DSC., C., leg. 1884-1885, t. XI, págs. 5092-5093.

(es la segunda declaración) registrá tan sólo como supletorio en defecto del derecho que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. Yo entiendo que para que este punto quede bien claro, y a nadie se le ocurra dudas sobre el sentido del artículo...», que «a pesar de que el artículo dice que no sufrirán alteración las provincias aforadas en su actual régimen jurídico, esto se entiende respecto del régimen jurídico que les es peculiar y exclusivo, porque no cabe duda que ese régimen va a sufrir alteración. El actual régimen jurídico de Cataluña está compuesto por las disposiciones posteriores al Decreto de Nueva Planta, disposiciones de carácter nacional, y por el derecho vigente cuando se promulgó aquel Decreto, derecho que consiste en los *usatges*, en las constituciones y en otros derechos, el canónico y el romano.»

«Cuando decimos que no sufrirá alteración su actual régimen jurídico, ¿entendemos que éste se conservará tal cual hoy es, en toda su integridad, o entendemos que sólo se conservará en aquello que es peculiar, especialísimo de las provincias aforadas? Yo entiendo esto último; creo que esto acordó la Comisión; pero como la generalidad del artículo se presta a una inteligencia distinta, es preciso que quede bien aclarado» (13).

Vemos apuntada en estas palabras de Gamazo otra de las razones que han llevado a estimar la subsistencia de la legislación general anterior al Código civil en las provincias y territorios de fuero: consiste en suponer que se conserva sin alteración el régimen jurídico entonces existente porque el Código civil tiene solamente valor de Derecho supletorio en lo que a estas provincias y territorios se refiere. Si se entiende por régimen jurídico exclusivamente el régimen jurídico foral, la norma posee claro sentido, pues, a pesar de que solamente se admita el Código civil como Derecho supletorio de las legislaciones forales, nada obsta a que se reconozca su carácter de ley directamente aplicable en supuestos que están fuera de los límites de las mismas, como ocurre en el problema aquí tratado. El sector doctrinal que interpreta en sentido amplio la frase «su actual régimen jurídico», afirma, para evitar que dicho régimen resulte alterado, que el Derecho común o de Castilla conserva valor de Derecho supletorio de las legislaciones forales antes que el mismo Código, y esto contra la voluntad del legislador (plasmada en el art. 1.976 C. c.), cuyo pensamiento aparece así contradictorio. Este intento de conservar como supletorio el Derecho de Castilla, si bien en algunos casos resultaba al menos defendible (así, por ejemplo, para Navarra), no lo era en otros (por ej., para Cataluña), en los que no se podía fundamentar su aplicación en sus «leyes especiales» (cfr. art. 12, párrafo 2.º, in fine, C. c.), y en estos supuestos no se intenta hacerlo, resultando así una nueva contradicción, pues ello equivale a conservar—y esto en virtud de la misma fórmula—sin alteración el régimen jurídico de unas provincias y territorios forales y alterar el de otros. Otra consecuencia de esta interpretación amplia es que, a tenor del artículo 16 C. c., se admite que el Código sirve como Derecho supletorio de primer grado para las leyes generales a él anteriores, con lo que nos encontramos con una alteración del régimen jurídico de las provincias o territorios forales y con una contradicción nueva dentro del C. c. Los defensores de la doctrina indicada han pretendido salvar el problema, alegando que el artículo 16 se halla en el título preliminar y es de

(13) DSC., C., leg. 1884-1885, t. XI, pág. 5172.

aplicación general; pero esto constituye solamente una explicación formal y no sustantiva, que no resuelve el hecho de que no deba atribuirse al legislador la contradicción apuntada. Observemos, finalmente, que dado el valor de Derecho común del C. c., nos encontramos ante el extraño supuesto de que dicho cuerpo legal, que no ha podido alterar en nada la legislación anterior, aun a él contraria, en lo que se refiere a las provincias y territorios forales, sirve sin embargo para proporcionarle sentido unitario y suplir sus deficiencias.

Francisco Silvela, contestando a la pregunta formulada, señala que la interpretación «que el Gobierno y la Comisión, así del Senado como del Congreso, han dado a ese artículo, es exactamente la misma que con tanta claridad ha explicado el Sr. Gamazo». Y para aclarar todavía más la cuestión, propone un ejemplo: «El nuevo Código ha de comprender lo que tiene de orgánica la ley hipotecaria, y traducirá en sus artículos los principios fundamentales de esa ley, y quizá los modifique en algunos. La ley hipotecaria constituye una parte del derecho vigente en Cataluña como en toda España; pero cuando se publique el nuevo Código, se entenderá modificado el derecho de Cataluña, Aragón y Navarra, como todo lo que se refiere a la ley hipotecaria, por el nuevo Código, que en este sentido será aplicable a aquellas provincias; y esto que digo de la ley hipotecaria, digo de las demás cosas.» Y añade que «esto no quedará entregado, al menos en lo que de mí depende, a meras declaraciones del Congreso: que una materia tan importante debe constituir parte esencial de los artículos transitorios que deben acompañar al Código, que por la naturaleza especial de este Código, tendrá una singular importancia, y tendrá que ser estudiado con mucha madurez por la Comisión de Códigos, y que deben constituir parte de esos artículos las declaraciones expresas de todo lo que en el nuevo Código constituye modificación del Derecho vigente en el régimen de las provincias forales, a fin de que no quede duda alguna; pero en lo que puede servir de norma en estas discusiones, que así como en los tribunales suele tener poca importancia y suele servir para aclarar determinados conceptos de interpretación de las leyes, para la Comisión que ha de redactar el Código si creo que conviene mucho que quede completamente consignada nuestra completa conformidad en el alcance que tienen las modificaciones que se hagan en esto, que aunque constituye parte del derecho foral, no significa lo que respecto de las instituciones verdaderamente históricas y forales, a causa que no se da este mismo carácter en esas mismas provincias a toda la legislación contemporánea, con lo que se ha ido reformando el principio de la legislación foral del país y estableciendo el principio de la unidad» (14). Como se observará, y dejando aparte la poca claridad de estas manifestaciones en cuanto al concepto de Derecho foral, la solución del problema que nos ocupa no ofrece duda. Gamazo contesta al Ministro, para agradecer sus declaraciones, y «para añadir que, en efecto, creo que esto no puede ser asunto que deba quedar a la interpretación de los tribunales, sino que, conforme a la Base 1.ª del Proyecto que previene a la Comisión de Códigos tenga en cuenta el resultado de los debates parlamentarios (15), la Comisión recogerá las indicaciones

(14) DSC., C., leg. 1884-1885, t. XI, pág. 5173.

(15) La Base 1.ª del Proyecto en su redacción original decía: «El Código se ajustará en el trazado de su plan general al proyecto de 1851, en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico de

hechas por el Sr. Ministro, completamente de acuerdo con las de ella, y las trasladará en forma de artículos al nuevo Código, o al menos a algunas de aquellas disposiciones que habrán de incluirse en el título preliminar que he-

Castilla, debiendo formularse por tanto este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil, sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones, que no sólo tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, sino que hayan obtenido ya común asentimiento entre nuestros juriconsultos» (DSC., S., leg. 1884-1885, ap. ún. al núm. 54, ses. 12-1-1886, págs. 4-5). En la discusión de la conocida enmienda de COMAS sobre la sistemática del Código civil, MANUEL SILVELA, presidente de la Comisión del Senado encargada de dictaminar sobre el Proyecto en la legislatura 1884-1885, indica que el Gobierno está dispuesto a retirar la Base, siempre que la citada enmienda sea también retirada (DSC., S., leg. 1884-1885, t. IV, página 1675), para que conste que no era el intento del legislador ceñirse ciegamente a la sistemática del Proyecto de Código civil de 1851, sugerencia aceptada por COMAS (DSC., S., leg. 1884-1885, t. IV, pág. 1675), asegurando asimismo FRANCISCO SILVELA que se tendrá en cuenta la enmienda (DSC., S., leg. 1884-1885, t. IV, pág. 1680). Tanto ésta como la Base son retiradas (DSC., S., leg. 1884-1885, t. IV, págs. 1683 y 1704), y se presenta la última nuevamente redactada, en la siguiente forma: «El Código se ajustará en el trazado de su plan general al Proyecto de 1851, en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico de Castilla, debiendo formularse por tanto este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros juriconsultos, o que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios o de métodos que surjan en la discusión en ambos Cuerpos Colegisladores» (DSC., S., leg. 1884-1885, ap. 6.º al núm. 85, ses. 13-3-1885, página ún.) La Base así redactada se aprueba sin debate (DSC., S., leg. 1884-1885, t. V, página 2132), y pasa al texto conjunto aprobado por el Senado sin modificación sustancial alguna, y de esta forma es remitida al Congreso (DSC., C., leg. 1884-1885, ap. 1.º al número 143, ses. 7-5-1885, pág. 1). A este texto es al que se refiere GAMAZO, La Base 1.ª, aparte de alguna otra corrección no sustancial, es nuevamente redactada por la Comisión dictaminadora del Congreso en la legislatura 1884-1885, con objeto de ir restándole importancia a la cuestión sistemática (se dice solamente que «... el Código tomará por base el proyecto de 1851) y sobre todo para dar al Código un fundamento nacional más amplio, substituyendo el «Derecho histórico de Castilla» por el «Derecho histórico patrio» (DSC., C., leg. 1884-1885, ap. 2.º al núm. 166, ses. 6-6-1885, pág. 3). Esta idea central del legislador—que es necesario poner en relación con el contenido de las restantes Bases del Proyecto—hace que ya no se tengan sólo en cuenta las legislaciones forales para atender a algunas necesidades nuevas, sino también en todos los aspectos de la codificación. El intento de aproximar los distintos Derechos civiles coexistentes en España tiene en la ley de Bases (y de aquí pasa al Código civil) una profundidad mayor de la que generalmente se le atribuye (como ha hecho notar para el Código F. DE CASTRO, op. cit. pág. 197), y es preciso tenerlo en cuenta para explicar una serie de peculiaridades de las instituciones en el Código reguladas, como ocurre, por ej., en lo relativo al fideicomiso de residuo. Creo que la pretendida laguna legal respecto a esta institución, no existe. Los estudios de DE DIEGO han ejercido en este punto una influencia perturbadora, al corroborar la posición de la jurisprudencia en este sentido y al inducir a la doctrina y jurisprudencia posteriores por este camino. Como consecuencia de la configuración del fideicomiso de residuo en la doctrina jurídica española anterior al Código civil, y principalmente, por las transacciones verificadas entre los diversos ordenamientos civiles de España en busca de la unidad legislativa, el fideicomiso de residuo se integra en el concepto de sustitución fideicomisaria, y de este modo recibe adecuado trato jurídico en nuestro Código civil. La causa que ha impedido entenderlo así es, aparte de no haber profundizado en el estudio de los precedentes, estimar que el art. 751 C. c. contiene la

mos convenido que tenga carácter general y obligatorio para todos, de modo que no quepa duda alguna acerca de lo que queda derogado y lo que subsiste» (16). A pesar de estos loables propósitos, la conservación de la misma fórmula ha hecho surgir, como hemos visto, las mismas dudas ya antes presentadas.

JERÓNIMO LOPEZ

definición de la sustitución fideicomisaria, cuando, por el contrario, constituye una norma limitativa de cierto tipo de sustitución fideicomisaria, la que encierra vinculación. La interpretación gramatical correcta debiera haberlo hecho suponer, pues, de otro modo, no se explica la puntuación del párrafo, al que—si contuviera la definición de la sustitución fideicomisaria—faltaría una coma después de «fideicomisarias», si bien esto no constituye sino el punto de partida y la corroboración final de esta tesis aquí sostenida. La cuestión es más compleja de lo que en esta rápida síntesis se ha expuesto, y para demostrarla ampliamente he preparado un trabajo, cuya publicación anuncio para plazo no largo.

(16) DSC., C., leg. 1884-1886, t. XI, pág. 5173.

BIBLIOGRAFIA

Libros

ALVAREZ SUAREZ, Ursicino: "Curso de Derecho Romano", Fascículo II: "Derecho Procesal Romano". Págs. 141 a 551, en 4.º mayor.—Instituto de Estudios Políticos, Madrid, s. a. (pero 1951).

1. Por el subtítulo y la paginación se advierte que el presente trabajo del querido colega Ursicino Alvarez es la continuación de la primera parte o primer fascículo del "Curso de Derecho Romano" que está componiendo para el estudio de esta disciplina en las aulas universitarias. En conjunto, el volumen consta de 411 páginas, una cifra elevada que pudiera inducir a formular una crítica, desde luego, no negativa, sino la positiva de que tan grande extensión no sea adecuada para un libro que se titula "Curso", destinado preferentemente a la formación de alumnos del primer año de carrera. Mas debe tenerse en cuenta que no todo el contenido de la obra constituye materia de estudio para los alumnos, ya que éstos pueden prescindir, en términos generales, de la imponente masa de notas, nada menos que 717, cuya cita sólo cuantitativa revelaría la amplísima labor de investigación y busca de antecedentes que ha realizado el profesor Alvarez Suárez; con esto, el lector principiante encuentra el texto reducido a casi la mitad. Pero quien desee profundizar en el estudio del proceso civil romano, puede percatarse de la calidad de esas 717 notas deteniéndose en su lectura, y es así como podrá descubrir que el autor no ha tomado los materiales para la información y la crítica sobre las diversas instituciones y problemas solamente de su propio y riquísimo acervo de cultura romanística, ni tampoco únicamente del fichero bibliográfico que todos solemos usar para la construcción de nuestras obras científicas, sino que ha manejado y barajado amplísimamente, para cada punto o materia, las fuentes directas del Derecho romano; todo lo cual comunica a la obra unas características de originalidad y modernidad que constituyen, a nuestro juicio, el matiz más destacado en la nueva producción científica que el profesor Alvarez Suárez entrega para lectura a los estudiosos.

Por lo demás, ha hecho bien el Autor aprovechando esta oportunidad para decir, con encuadramiento en el sistema que ha elegido, todo cuanto hoy se sabe acerca del proceso civil romano, y para mostrarnos lo que todavía él mismo, por encima de los últimos descubrimientos sobre interpolaciones y más allá de las recientes rectificaciones acerca de muchos problemas del proceso romano, ha investigado y criticado; pues, como antes hemos dicho, la obra no se limita a ser una exposición escueta de las materias que normalmente son objeto de estudio en esta clase de exposiciones, sino que en todos los puntos debatidos y en aquellos otros

donde importa dar una visión asequible para el lector colocado a millonios de los hechos históricos, el autor se adentra en una labor de depuración expositiva y de análisis, sumamente interesante para el logro de una finalidad que no todos los historiadores jurídicos llegan a conseguir; esto es: que un libro de información histórica no sólo cumpla el cometido de enseñar las instituciones tal como fueron, sino también la de aleccionar y formar la disciplina misma, aquí en Derecho procesal, con utilidad para el presente.

Ese es el libro, en sus líneas más profundas de inspiración, y son tan estimables, que nadie podría ponerle una objeción pensando exclusivamente en la meta didáctica; que un estudioso se autolimite conscientemente y sólo tenga la inspiración de la brevedad y la eliminación de problemas, es algo inexigible; y si acaso lo que podría haber hecho el Profesor Alvarez Suárez es emplear dos tipos de letra, para denotar externamente lo puramente informativo de lo crítico, lo que puede bastar para principiantes y aquello otro que interesa a quienes busquen noticias históricas de la mejor calidad y un acervo formativo en la disciplina.

2. Observamos en todos los historiadores del proceso romano si no despreocupación absoluta por el sistema cerrado, al menos cierto sacrificio del mismo en beneficio de la cronología y del orden de los actos que integran el juicio. Se nos ocurre pensar en las dificultades que ofrecería la inteligencia del proceso romano, con sus tres etapas perfectamente delimitadas de "legis actiones", el juicio "per formulas" y la "cognitio extra ordinem", si se esparcieran sus diversos componentes dentro de un sistema, por ejemplo, Carneluttiano; o si, en homenaje a una sistemática de sujetos y actos, no se destacara, v. gr., la significación del orden legal del juicio formulario, con sus dos fases "in iure" y "apud iudicem". En el término medio se halla lo justo, es decir la reducción a sistema de ciertos particulares del proceso, pero la exposición, con arreglo a su orden de producción, de los acaecimientos y fenómenos del proceso. Para la didáctica universitaria, para la retentiva de los escolares, no cabe duda que este modo expositivo es el aconsejable. Y si se piensa en el lector que ya posee cultura jurídica procesal, seguro es que no hará cuestión de principio el seguimiento de un sistema u otro; pues si el problema de la sistemática tiene grandísimo valor para la Ciencia, tampoco puede olvidarse que ofrece simple sentido instrumental, y que lo importante, en definitiva, es el fondo.

No es cuestión de sistema, sino de "Anschaulichkeit", como se diría gráficamente en idioma alemán, de claridad o evidencia externa, la separación de las diferentes partes o divisiones, de modo que la simple lectura del índice de una obra sea capaz de suministrar una visión del conjunto de su contenido y sobre este extremo quisiéramos decir a nuestro admirado compañero que quizás hubiera sido útil aceptar criterios de división más amplios y denotadores, como secciones, títulos, capítulos, en lugar de acogerse únicamente a los párrafos, números y letras, a veces entrecruza-

dos, y acudir a diferencias de tipos gráficos para resaltar siempre lo que deba sobresalir.

3. Con estas salvedades, creemos sinceramente que la estructura expositiva del libro de Ursicino Alvarez facilita el estudio, teniendo superioridad en cuanto a la ordenación, por ejemplo, sobre el Keller-Wach y el Wenger. Pues el contenido se distribuye así:

Nacimiento y protección de los derechos.

Cuestiones generales del Derecho procesal civil romano (que comprende un examen previo del desarrollo del proceso romano, organización judicial, órganos judiciales, competencia y requisitos externos de la actividad procesal: tiempo, lugar, publicidad, etc.).

Partes litigantes, defensa formal y pluralidad de partes.

Legis acciones.

Procedimiento formulario.

Ejecución forzosa.

Protección jurídica extrajudicial.

Arbitraje privado (en esas etapas de la evolución).

Cognitio extra ordinem.

Procedimientos especiales.

Responsabilidades de jueces y elementos de la defensa formal.

Costas.

Procedimientos no estatales (en dicha etapa).

Fueros especiales.

4. Para el sistema general de la obra, el autor justifica que al estudio del derecho subjetivo deba preceder, en el romano, el del proceso, ya que la acción es anterior y "gracias a ella se configura el poder jurídico que constituye la esencia del derecho subjetivo" (141-42). Desde el punto de vista romanístico, el criterio elegido significa llevar hasta las últimas consecuencias dogmáticas esa peculiaridad. Sigue el estudio acerca de la protección del derecho subjetivo, con una amplia investigación sobre el tránsito de la tutela jurídica privada a la pública (143-150), y muy atinadas observaciones acerca del problema, que siempre fué preocupación de los historiadores. El estudio de la acción, que de forma tan estrecha se halla enlazada con el derecho protegido, es natural que se haga inmediatamente, puesto que el catálogo de ellas es el de los derechos subjetivos reconocidos, como asimismo el del ordenamiento general de la tutela jurídica perseguida con la misma (150-162). Ha de admitirse que para la inteligencia del estudio ulterior, la brevedad de las nociones que expone acerca de la acción es, por el momento, suficiente, ya que más adelante se encuentran los desarrollos.

Entrada ya la obra en el sistema del proceso civil romano, entre las "cuestiones generales", ante todo hay un bosquejo histórico sobre el ordenamiento privado y el público o "cognitio extra ordinem"; pero el punto central de esta parte es el estudio de los tres conceptos que la ciencia jurídica romanística de los últimos años ha discriminado como labor nece-

saría para entender lo que era, entre los romanos, el moderno de la jurisdicción, a saber: "iurisdictio", "imperium" y "cognitio", según los sujetos que actuaban jurisdiccionalmente y en cuáles momentos (163-179). Subsigue la exposición de los criterios competenciales (179-184), donde el autor no se vale de los que hoy suelen manejarse entre los procesalistas. Persiguiendo el Prof. Alvarez Suárez, por tratar un tema histórico, más que suministrar un tecnicismo, exponer e instruir sobre la esencia del Derecho procesal romano, prescinde de situar a éste dentro de los moldes que la doctrina procesal moderna proporciona respecto de sus principios rectores y los del procedimiento; y así, acerca de éstos como en cuanto a las circunstancias y requisitos de los actos procesales, sólo hallamos dos páginas, que versan sobre "tiempo, lugar e idioma" y "publicidad del procedimiento" (184-5).

El estudio de las partes, defensa formal y defensa material figura bajo el epígrafe "Los procedimientos civiles romanos" que prácticamente abarca el resto de la obra, con lo que deseamos dar a entender que quizá exista un defecto de ubicación. En este apartado se hace un precioso estudio procesal-material de la evolución que conduce hasta el concepto moderno de la representación causídica, desconocida e imposible en los primeros tiempos (187-203).

5. No tan poco como pudiera superficialmente creerse persiste hoy en la conciencia y en las instituciones jurídicas el recuerdo del juicio civil de las "legis acciones". Por eso el conocimiento de ese peculiar modo de otorgar la tutela jurídica tiene doble interés: Primero, porque nos muestra las primeras claridades en la tenebrosa noche de la barbarie primitiva, donde la lucha de la fuerza bruta impone la ley y el derecho, alumbrándose, con un sostenido esfuerzo, casi todo él dentro de la historia romana, medios y modos humanos de hacer la Justicia, al principio irracionales y formalistas; después, más expeditivos y más espiritualistas, cada vez de mayor perfección técnica; una evolución, en suma, que enseña a estimar el inmenso valor de las conquistas que ha logrado la Humanidad en ese terreno, donde está la primacía de la Cultura. Y en segundo lugar, el estudio del procedimiento de las "legis acciones" ofrece el interés de mostrarnos cómo muchas de las preocupaciones de aquellos lejanísimos tiempos han persistido actualmente o fueron el impulso para crear instituciones y arbitrios que ayudan para el otorgamiento de la Justicia.

Expone el autor los caracteres generales, la marcha del procedimiento y muy en particular la paulatina precisión de derechos subjetivos que, lentamente, van aureolando la personalidad del hombre, hasta que pueda hoy figurar en el más alto puesto, a través de las diversas "legis acciones" que protegen otros tantos sectores de la vida (204-39). El paso a un tipo de procedimientos menos "incómodo, insincero e imperfecto" —como dice el autor, criticando las "legis acciones"—, lo describe el profesor Alvarez Suárez apuntando a los intentos legislativos de reforma, y particularmente a la lenta conversión de Roma en una Potencia que des

borda los estrechos límites de la Urbe, después del Lacio y más tarde de Italia y de Europa misma (239-42).

6. El núcleo más importante de la obra se halla en el estudio del "modus procedendi" que subsiste durante un mayor número de siglos y que cuenta con una copia de datos y fuentes suficiente para permitir una exposición casi completa, a diferencia de lo que no sucede con las "legis acciones", muy adentradas en la antigüedad; es el procedimiento "per formulas" o formulario, etapa segunda y culminante del "ordo iudiciorum privatorum", y con el que termina prácticamente la genuinidad procesal romana.

Conocida es la discusión que Wlassak y otros romanistas han mantenido acerca del paso de las "legis acciones" al procedimiento formulario y el valor que en ese tránsito haya de darse a la "lex Aebutia". El autor tiene muy en cuenta los resultados de las investigaciones, atribuyendo la implantación del nuevo procedimiento a las necesidades del tráfico, como asimismo destaca la inteligencia de los legisladores romanos, que, al contrario de lo que suele ocurrir en los tiempos modernos, no sustituyen radicalmente un "modus" por otro, sino que durante cierto tiempo permanecen en vigor ambos, con carácter electivo, hasta que la "sencillez y flexibilidad" del nuevo logran desplazar totalmente al antiguo (243-50).

Señala el autor los momentos del procedimiento formulario, y es interesante—tratando de los actos preliminares—su noticia acerca de la "editio actionis" preprocesal, que vendría a ser, si no un análogo al intento conciliatorio moderno, una exigencia de buena fe procesal, puesto que proporciona noticia al demandado del ataque que se le prepara. Con independencia del posible contenido de la fase "in iure" respecto del derecho material ("iusiurandum") y de los problemas procesales que en ella se resuelven (por ej., determinación de la legitimación por "interrogaciones" y muy en particular el de la buena fe de los litigantes, por el "iusiurandum calumniae", de superlativa importancia en el Derecho procesal moderno), el tema de la "datio" o "denegatio actionis" creemos que viene a ser el centro de gravedad de todo el procedimiento formulario, en cuanto proporciona el medio de control de la protegibilidad de los derechos y es el momento de actuación de la soberanía estatal acerca de la tutela jurídica o función jurisdiccional en un ordenamiento procesal escindido, como él que nos ocupa, entre magistrado (funcionario) y "iudex" o "recuperatores" (jurado o jurados para el hecho y para el derecho), y con ese alcance lo examina el autor en términos precisos. Pero es que el magistrado dispone en esa oportunidad de una facultad saneadora de grandísima importancia, cual es la de examinar "ex officio" la existencia de los presupuestos procesales (según técnica moderna), jurisdicción, competencia, capacidad, poder de postulación, es decir, algo que puede considerarse resuelto allí como en el sistema alemán o en el austríaco, pero no—aunque parezca mentira—en el nuestro. El

profesor Alvarez Suárez, sin duda por el carácter de su exposición, dedica al importante tema un espacio muy breve (251).

En el tema central de la "litis contestatio" señala el autor que la finalidad fijatoria de los términos del litigio, importante en las "legis actiones", casi desaparece en el nuevo sistema, ya que ésta es la misión de la fórmula; pero, en cambio, adquiere "singular relieve" la otra finalidad, es decir, el convenio de sumisión al fallo del juez o jueces. En páginas sucesivas se ocupa de los efectos materiales y procesales de la "litis contestatio", en relación también con la cosa juzgada, superando las dificultades que siempre ha ofrecido a los investigadores el perfil de esta institución (268-80).

El contenido de la fórmula, con el mecanismo también de la "exceptio" y restantes posibilidades de ataque y de defensa, oscuro en las "legis actiones", figura estudiado por el autor con gran detenimiento (280-320). Pero si el profesor Alvarez Suárez se hubiese limitado a esa exposición, por muy completa y enjundiosa que fuere (como lo es), no habría destacado el factor más valioso de progreso jurídico y de espiritualidad creadora en la evolución, no ya procesal, sino material del Derecho romano. La tarea "adiuvandi", "corrigendi", "supplendi" del praetor me diante las fórmulas. Ese trabajo de crítica histórica lo lleva a cabo con notoria penetración y sentido del Derecho nuestro autor (321-30).

El catálogo de las acciones se estudia sin seguir un plan determinado, que podría estar dado, v. gr., por las características históricas, objeto material protegido y clase de tutela procesal perseguida (330-73); pero hemos de respetar el punto de vista del autor.

Dentro de la etapa "apud iudicem", el libro nos muestra algo que no suele resaltarse en otras obras, y es la cualidad de árbitro decisor que asume el "iudex", junto a la función controladora oficial del magistrado, que también en dicha etapa tiene atribuciones, examinadas por el autor. Instrucción, prueba y sentencia son las materias aquí estudiadas (374-99).

El problema de la "res iudicata" es espinoso hoy y lo era, si cabe, más aún en el Derecho romano, por el paralelismo que ha de establecerse con la "litis contestatio" y a causa de la imprecisión de los conceptos de acción procesal y pretensión (derecho) material acerca del que se discute (en definitiva, "qua de re agitur", latamente hablando), lo que determina mayores dificultades sobre la identificación de las acciones. Los inconvenientes quiere vencerlos el profesor Alvarez Suárez a base de un desarrollo que no podría exigírsele lo hiciera en menor número de páginas que las por él empleadas, puesto que no olvida en ningún momento quiénes deben ser normalmente los destinatarios de la obra. Pero tampoco el científico puede sustraerse a la tentación de plantear y resolver las cuestiones, y así él nos presenta el de la relación entre "litis contestatio" y "res iudicata", cosa juzgada formal y efectos de la material en los diversos supuestos, desarrollando en esta oportunidad el tema de la identificación de las acciones, modo de hacerse valer la eficacia de la cosa juzgada y recursos (400-417); pudiendo sentirse el temor de que los principiantes no calen hasta el fondo, lo que, desde el punto de vista

científico, no es un demérito, digamos abundando en lo expuesto al principio. Si acaso, sería posible la objeción de que no está claramente separado el concepto de la cosa juzgada formal frente al efecto excluyente o negativo de la material (cfr., pág. 404).

Del resto de esta parte, merece una cita especial la teoría sobre los interdictos, expuesta con gran finura jurídica y crítica, como si el autor hubiera tenido presente al escribir las desorientaciones y errores que dominan actualmente sobre la materia. Muchos de ellos se desvanecen leyendo las sustanciosas páginas (445-65).

7. Quien haya leído las páginas dedicadas a las "legis actiones" y al procedimiento formulario, no tropezará con ninguna dificultad para captar las ideas que el autor desenvuelve acerca del procedimiento "extra ordinem" u oficial (474 y sigts.), lo mismo que él vió más llano el camino. Tras un estudio de los dos "modi procedendi" del "ordo iudiciorum privatorum", a los que éste desplaza, basta con indicar las supresiones, las agregaciones y las variantes; no es preciso reproducir los conceptos y el esfuerzo es menor, porque entre el procedimiento oficial y el que hoy rige entre nosotros no media abismo alguno. Mas no por esto el mérito atribuible al trabajo del profesor Alvarez Suárez es menor, pues aquí nos ofrece una muestra de sus facultades de síntesis. Lo verdaderamente importante en esta sección de la obra y lo que interesaba hacer ver con claridad son los factores que determinan el paso a un sistema enjuiciatorio que es el hoy existente—poco más o menos—en todos los países, o, en otras palabras, por qué en la última etapa del Derecho romano, como actualmente, todo el proceso está dominado por la idea de ser un instrumento que regula el Estado para el servicio de una función pública, la jurisdiccional o de tutela jurídica, en manos de un juez público, no de jueces privados controlados por funcionarios que dirigen, pero que no jugan. E indudablemente aquella claridad se consiguió.

* * *

Quizás hemos agotado, con exceso, los márgenes que son usuales en las referencias bibliográficas; hemos de reconocerlo así, pero también es cierto que, desde la primera línea, tuvimos la impresión de que la gran obra de nuestro entrañable colega nos iba a pedir varias páginas, y por esta preocupación ha sido necesario prescindir de numerosos detalles y matices de interés. Queda, sin embargo, al menos, una noticia general, la que vale para la finalidad perseguida en las reseñas de esta clase, es decir, despertar el interés por la obra misma y su lectura. La omisión de minucias críticas es la renuncia al propio egoísmo, pues no interesa al censor ponerse en la primera línea, caso de que así pudiera ser, y no es posible porque le faltan credenciales para residenciar en Derecho romano a tan ilustre profesor romanista como es el padre de este libro; sino solo proclamar a los cuatro vientos que, por encima y más allá de cualesquiera consideraciones subjetivas, en los actuales momentos de materialismo,

donde el cultivo de la Ciencia no logra el homenaje profundo a que es acreedor, la obra del profesor Ursicino Alvarez es digna de él, y queremos tributárselo con entusiasmo y limpia conciencia; porque muchos sabemos las renunciadas y los sacrificios que son el precio de un libro compuesto en las condiciones del que acabamos de leer.

L. PRIETO CASTRO

CARIOTA-FERRARA, Luigi: "L'enfiteusi", vol. IV, t. 4 del "Trattato di Diritto civile italiano", de Vasalli, Turín, Utet, 1950 (539 págs.).

No vacilamos en calificar este libro del renombrado profesor ordinario de la Universidad de Bari como una de las monografías más completas que se han escrito sobre la enfiteusis.

En efecto, se trata de un brillante estudio del viejo instituto, nacido a la sombra de la "locatio" de los "agri vectigales", en toda su amplitud y efectos jurídicos, a través de las diversas épocas de su desarrollo.

Dos razones movieron al A. a ocuparse de la evolución histórica de la "emphyteusis": una, de tipo genético, y otra, de orden práctico. Si para toda institución jurídica la historia es utilísima a fin de penetrar en su esencia y función actual, tanto más lo es para la enfiteusis, toda ella dominada por la fuerza ineludible de la tradición. Por otro lado, el derecho antiguo es aún derecho vigente en Italia, en virtud de las disposiciones transitorias de los Códigos civiles de 1865 y 1942 para las numerosas relaciones enfiteúticas establecidas con anterioridad.

La obra se halla dividida en cuatro títulos, atendiendo a los distintos períodos en que aproximadamente se puede dividir la historia del Instituto, de Roma hasta hoy: I. Derecho romano; II. Derecho común; III. Derecho moderno; IV. Derecho actual (Código civil de 1865, legislación posterior y Código civil de 1942). Todos los números de este último título sobre cada asunto en particular comprenden, por una parte, las disposiciones del Código antiguo y legislación posterior, y por otra, las del nuevo Código, con el fin de advertir la identidad o, en su caso, desconformidad de la más reciente disciplina con la precedente. Era necesario este estudio comparativo para evitar equívocos y confusiones, puesto que en Italia—como se sabe—la mayor parte de la elaboración doctrinal y jurisprudencial acerca de la figura se había realizado sobre la base del viejo Código, y éste, en principio, continúa teniendo vigor para las enfiteusis nacidas bajo su imperio.

Si se nos preguntara cuáles son los frutos más sazonados de esta aguda y metódica investigación del conocido civilista italiano, señalaríamos éstos: la oportuna consideración del vínculo enfiteútico en su compleja y unitaria estructura, la feliz concepción del derecho de enfiteusis como "ius in re aliena" a favor del enfiteuta y la sugestiva configuración de las obligaciones que pesan sobre el mismo como "obligationes propter ius". De esta forma, Cariota-Ferrara ha evitado el error, bastante común en la doctrina, de contemplar unilateralmente la enfi-

teusis desde el exclusivo punto de vista del derecho del concedente o del enfiteuta, abarcando en una sola mirada tanto el lado real como el obligatorio del instituto, inescindiblemente conexo con el primero.

Las posibles soluciones del problema referente a la naturaleza jurídica del derecho de enfiteusis pueden reducirse a cuatro:

1.^a El dominio está dividido entre el concedente y el enfiteuta, correspondiendo al primero el dominio directo y al segundo el dominio útil.

2.^a El dominio es compartido por el concedente y el enfiteuta, constituyéndose entre ellos un condominio.

3.^a El enfiteuta es el propietario; el concedente tiene un derecho real sobre cosa ajena o un simple derecho de crédito contra el enfiteuta, si bien munido de garantía real.

4.^a El concedente es el propietario; el enfiteuta tiene un derecho real sobre cosa ajena.

Con razón crítica Cariota-Ferrara la teoría medieval del dominio dividido, seguida por nuestro Código y por Valverde, que tiene resabios señoriales y feudalistas, difícilmente conciliable con los principios generales sobre la propiedad y demás "iura in re aliena".

Menos satisface aún la teoría del condominio, que no está apoyada ni por la tradición ni por los textos legales. El régimen de la enfiteusis está, con efecto, en neta antítesis con la disciplina de la copropiedad y de la comunión en general.

La cuestión se centra, pues, en determinar si es propietario el concedente o el enfiteuta, y cuál de ellos será titular del derecho real sobre cosa ajena, porque hay que descartar la solución que estriba en considerar el derecho del concedente como un simple derecho de crédito contra el enfiteuta (propietario).

Pero antes de llegar a este punto Cariota-Ferrara se hace cargo aún de si es posible la coexistencia de dos derechos independientes e iguales o de dos derechos de propiedad condicionados, suspensivamente, uno, y resolutoriamente, otro. Acertadamente rechaza lo primero, aduciendo que entre el concedente y el enfiteuta uno de los dos tiene que ser propietario de la cosa, pues de otro modo ésta sería "res nullius", y lo segundo, alegando que el poder correspondiente a un titular bajo condición suspensiva sólo puede tener por objeto actos de mera conservación, mientras que el derecho del concedente "medio tempore" claramente tiene otro contenido.

A juicio del A., entre todas las teorías, se debe preferir, tanto para el viejo Código como para el nuevo, la tesis según la cual el concedente continúa siendo propietario del fundo y el enfiteuta adquiere un derecho real sobre cosa ajena. Tal derecho es el más amplio de los "iura in re aliena": en la escala de los derechos reales, aun entrando en la categoría de los derechos reales sobre cosa ajena, es el que está más cerca del derecho de propiedad. Con todo, no se trataría de un dominio útil, de una cuasi-propiedad, de una propiedad especial o propiedad "enfiteútica" semejante a la propiedad superficiaria, pues la propiedad no es susceptible de espe-

cificaciones o calificaciones (recuérdese la moderna corriente doctrinal contraria a la admisibilidad de la llamada propiedad temporal y fiduciaria): sólo existe "el derecho de propiedad" (1).

Acojamos con toda simpatía este recientísimo y considerable esfuerzo por volver a la clásica concepción romanista del "ius emphyteuticus" (defendida por nuestro Mucius Scaevola), abandonando la tendencia moderna favorable a situar el derecho de propiedad en el enfiteuta, que durante algún tiempo consiguió ganar fortuna (en nuestra Patria la siguen Manresa, Bonilla, e implícitamente Sánchez Román y Castán).

La fina y concienzuda crítica de Cariota-Ferrara a la tesis de la propiedad del enfiteuta, aun hecha a partir de las disposiciones del derecho civil italiano, constituye una base apreciable para revisar toda nuestra teoría del censo enfiteútico según el sistema del Código civil español.

Sería prematuro aventurar aquí resultados que exigen una demorada investigación y un atento examen crítico de conjunto de los preceptos legales pertinentes a la enfiteusis. Pero no parece temerario decir que, tal vez, el camino seguido por Cariota-Ferrara sea el más apto para explicar la naturaleza jurídica de la relación enfiteútica de cara a nuestro derecho positivo.

Y no se diga que la concepción de la enfiteusis que se refleja en muchos lugares del C. c.—el dualismo dominio directo-dominio útil y el derecho del enfiteuta como dominio útil muy próximo al derecho de propiedad—excluye la posibilidad de aquella solución. Afirmar esto equivale a olvidar que lo vinculativo en las leyes no son los conceptos, a no ser cuando se deba pensar que la recepción del concepto en la ley fué apenas el procedimiento a que el legislador recurrió para imprimir cuño de jurisdicción a las soluciones que él reviste con determinadas calificaciones jurídicas. Y que este no fué el caso del legislador civil con relación al instituto de la enfiteusis, es demasiado evidente para dispensar la demostración.

Concluyendo, el libro de Cariota-Ferrara ofrece un vastísimo estudio de la enfiteusis (objeto, modos de constitución, especies, figuras afines, efectos y extinción) a través de las diferentes etapas de su desenvolvimiento, muy útil—incluso para el lector español—como indispensable elemento de contraste con las más recientes directrices del pensamiento jurídico y magnífica fuente de sugerencias para la reconstrucción del instituto dentro de nuestro ordenamiento.

Juan Bautista JORDANO

CARRESI: "Il comodato". Volumen VIII, tomo II, fascículo 5 del "Trattato di Diritto Civile", de Vasalli. Turín, 1950.

Sigue, día a día, aumentando de tamaño y consolidando su valor la prestigiosa colección dirigida por Vasalli, de la que vamos dando cuenta a medida que aparecen nuevos volúmenes en los diferentes fascículos del Anuario.

(1) *Vide* nuestra nota crítica *Propiedad fiduciaria y negocio fiduciario*, publicada en este ANUARIO, t. III, fasc. 4.

En este tomo se publican los estudios de Carresi. Uno sobre el comodato y otro sobre el mutuo.

Respecto al comodato advierte el autor que del artículo 1.803 del nuevo Código italiano, que lo define como "contrato por el cual una parte consigna a la otra una cosa mueble o inmueble, a fin de que se sirva de ella por cierto tiempo y para un determinado uso, con la obligación de restituir la misma cosa recibida", se desprenden las tres características que el autor reputa esenciales en tal contrato: realidad, unilateralidad y gratuidad.

La característica de la realidad la estudia Carresi junto con la naturaleza de relación de cortesía que al comodato atribuye. La enumeración de los supuestos más frecuentes y relevantes de este contrato le sirve para concluir que el comodato, dominado por las normas de la costumbre y los deberes de la amistad, pertenece al género de relaciones de cortesía.

Pero en las otras relaciones de cortesía (convite a un amigo para pasar una temporada en nuestra casa, o para hacer un viaje en nuestro coche, etc.) el Derecho permanece ajeno, limitándose a dictar esporádicas disposiciones que son insuficientes para atribuir a aquellas relaciones el carácter de instituto jurídico. No ocurre lo mismo en el comodato; y ello se debe a que mientras en éste pasa a detener la cosa quien recibe el favor, en las otras prestaciones de cortesía la detentación permanece en la persona que lo presta.

De este modo Carresi puede concluir que los acuerdos que tienen por objeto alguna de las comunes prestaciones de cortesía se fundan en una causa que el Ordenamiento no considera merecedora de tutela. En cambio, el comodato tiene una causa propia, lícita y expresamente reconocida como merecedora de tutela por el Ordenamiento.

De la naturaleza real (atendiendo a su perfección) del comodato y de su carácter de relación de cortesía hace derivar el autor los siguientes corolarios: la inadmisibilidad de un contrato preliminar de comodato; el no poder aquel a quien se prometió en comodato una cosa apropiársela para usarla contra la voluntad del titular, y el no poder el comodatario actuar contra el comodante más que en el caso de que éste haya efectuado ya la consigna de parte de la cosa y se niegue a consignar el resto, o cuando después de consignada por circunstancias independientes de la voluntad del comodatario la cosa haya salido de su esfera jurídica y entrado en la del comodante.

En referencia a la unilateralidad del comodato, Carresi pone de relieve cómo no puede verse—con carácter preponderante y principal—más que una obligación en el comodato: la de restituir la cosa. Y rechazando las teorías que quieren ver en esta obligación principal más un simple efecto del derecho correlativo que un deber en sí, estudia aquellas obligaciones accesorias que nunca pueden considerarse constitutivas de contraprestación.

Por último se ocupa del comodato como negocio gratuito, porque una sola de las partes—el comodatario—recibe una ventaja. Pero expresa-

mente advierte que la existencia de una cierta ventaja o mejor de un cierto interés para el concedente no es incompatible con la esencia del comodato, por lo menos cuando tal interés pueda ser perseguido sin imponer a la otra parte obligaciones substanciales.

En un segundo capítulo trata Carresi la "fattispecie" del comodato. Dentro de ella estudia en dos partes separadas los presupuestos (capacidad, legitimación y objeto) y los elementos constitutivos (el acuerdo, la consignación de la cosa y la duración del comodato); y también se ocupa del modo, como elemento accidental.

Dedica el capítulo tercero a delinear la relación de comodato. Y después de haber tratado de las obligaciones del comodante y del comodatario, estudia en un último epígrafe los efectos del comodato con relación a los terceros. Distingue los terceros que pretenden tener un derecho sobre la cosa comodada de aquellos otros que producen perturbaciones sin pretender, no obstante, hacer valer un derecho. Frente a estos últimos, el comodatario es protegido en virtud del título por el cual detiene la cosa; y no sólo puede ejercitar la acción reintegradora, sino también la de consignación contra quén detiene abusivamente el objeto del comodato. Frente a los otros terceros no puede proceder directamente; ha de avisar al comodante cuando se manifieste la perturbación a fin de que éste asuma la "litis" caso así lo quiera; pero no puede obligarle a ello dada la naturaleza gratuita del negocio; reconocido el fundamento de las pretensiones del tercero, puede el comodatario retener la cosa hasta que le reembolsen los gastos que realizó para su conservación, y podrá también exigir del comodante el resarcimiento de daños si éste concedió la cosa en comodato conociendo su falta de legitimación.

En un último capítulo trata Carresi de la extinción del comodato. Después de estudiar los diferentes modos extintivos acaba el trabajo ocupándose de los efectos de la extinción. Al extinguirse el comodato, por cualquier causa que sea, surge para el comodatario o sus herederos el deber de restituir la cosa; el autor encuentra ocasión al analizar el contenido de ese deber para presentarnos apreciaciones muy sugestivas.

En su conjunto, el libro es de una admirable claridad y está escrito de modo verdaderamente atrayente. Es cierto que algunas de las opiniones de Carresi son un tanto extremistas y precisan de ser comprobadas detenidamente antes de admitirlas; pero tienen el valor de sugerir nuevos caminos y nuevos horizontes para la investigación. En todo caso, la mayor parte de la doctrina contenida en esta obra es sólida y bien fundamentada.

Como preocupación del autor destaca el querer enraizar siempre su pensamiento en la realidad, contrastando todas las afirmaciones dogmáticas con ejemplos de la vida práctica, considerando que "mayor fuerza que el raciocinio tiene la viva y palpitante del ejemplo". De este modo ha conseguido presentar un cuadro de ejemplos del mayor interés para el práctico y para el juez. Por ello el libro tiene el mérito de poner la dogmática al servicio de los intereses que la figura presenta en la vida práctica.

CARRESI: "Il mutuo". Volumen VIII, tomo II, fascículo 6 del "Trattato di Diritto Civile", de Vasalli. Turín, 1950.

Es éste el segundo trabajo de Carresi que figura en el tomo II del volumen VIII de la colección de Vasalli.

Advierte el autor que el mutuo, a diferencia del comodato, es un negocio que no responde a exigencias de carácter meramente social, sino a necesidades de carácter económico, hasta el punto que debe ser considerado el prototipo de los contratos de crédito.

Carresi pretende realizar una revisión sistemática del mutuo partiendo de una exacta valoración de la finalidad que está destinado a cumplir en la vida económica y social.

Con ese propósito, superando la doctrina clásica, concluye que el mutuo es un contrato consensual.

A su juicio, el artículo 1.822 del Código italiano no disciplina el contrato preliminar de mutuo, sino el acuerdo definitivo sobre el dar y recibir en mutuo, el cual genera el deber de consignar la cosa a cargo del mutuante y de modo eventual—no como contraprestación—el deber de recibir la cosa mutuada a cargo del mutuuario e incluso la de pagar éste una contraprestación por el uso caso de que el mutuo sea oneroso.

Admitida la existencia del deber de consignación compréndese que el acto por el cual éste viene a cumplirse no es ya un acto libre y pertinente al proceso formativo del negocio (como acontece en los contratos reales), sino un acto debido que forma parte de la fase de ejecución. El mutuante que entrega al mutuuario la cosa debida no da vida al contrato de mutuo ni estipula un negocio definitivo a fin de cumplir uno anterior preliminar, sino que simplemente cumple la obligación asumida de forma análoga a como el arrendador entrega al arrendatario la cosa arrendada. En uno y otro contrato el acto de consigna, más que un efecto del negocio que deba encuadrarse dentro de los intentos empíricos de las partes, debe ser considerado como el supuesto de hecho necesario para la producción de los verdaderos y propios efectos contractuales, así como el deber de restituir no puede calificarse de efecto del contrato, sino de supuesto de hecho necesario para que los efectos contractuales sean completamente eliminados por cesar de existir la relación jurídica.

Con estas bases el autor define el mutuo como contrato en virtud del cual el mutuante se obliga a entregar al mutuuario, por un tiempo determinado y—salvo voluntad contraria—mediante una cierta contraprestación, una cantidad de dinero o de otras cosas fungibles adquiriendo el mutuuario la propiedad de las mismas.

Dedica un capítulo Carresi a la "fattispecie" del mutuo, comprendiendo dentro de ella dos partes: presupuestos (capacidad, legitimación y objeto) y elementos constitutivos. Destaca dentro de esta última el estudio de la contraprestación por el uso.

Considera el autor que si el mutuuario está obligado a restituir menos de lo que recibió se habrán concluido en un acto único dos contratos: un mutuo hasta la concurrencia de la suma que el mutuuario está obli-

gado a restituir y una donación en el exceso. Juzgamos que esa figura puede ser cualificada de negocio mixto con donación. Si el mutuuario está obligado a restituir más de lo que recibió, se entiende que ese "más" representa una contraprestación por el uso de las cosas fungibles y entonces el mutuo será oneroso; en este caso no encontraremos en presencia de un contrato con dos prestaciones correspondientes, el cual podrá ser rescindido cuando exista desproporción entre ellas, resultando que una parte se aprovechó del estado de necesidad de la otra para conseguir beneficios; tal es, a juicio del autor, el carácter de las medidas de represión de los intereses usuarios. Con este criterio, Carresi niega la lesión cuando el mutuante no se aprovecha del estado de necesidad de la otra parte, debiéndose el hecho de que los intereses estipulados sean superiores a los legales a causas—como grave riesgo para el mutuante—que no supongan abuso contra el mutuuario.

Dedica el autor el capítulo tercero de su trabajo al estudio del contenido del mutuo, examinando las obligaciones de mutuante y mutuuario. Al tratar de las primeras se refiere Carresi al contrato de "mohatra", que es un contrato en virtud del cual una parte entrega a la otra una o más cosas, de las cuales generalmente se hace una estimación, obligándose esta última a venderlas y reteniendo entretanto lo recibido a título de mutuo. Lo que caracteriza a tal contrato y hace surgir dudas sobre si en verdad será una especie de mutuo es que el "tantundem" está constituido por cosas de naturaleza necesariamente diferentes a las consignadas; pero Carresi considera que el objeto de la prestación del mutuante no son en ese caso las cosas materiales entregadas al mutuuario sino su valor, es decir, la cantidad que recibirá al venderlas—que las partes convencionalmente determinaron con la estima—y de la cual podrá gozar hasta el fin del contrato; por ser esto así, el mutuuario no puede disponer libremente de las cosas, sino que ha de venderlas por cuenta del mutuante, asumiendo la posición de deudor respecto a la relación fundamental subyacente y la de acreedor respecto a la relación negocial.

En un último capítulo trata Carresi la extinción del mutuo, sus causas y sus efectos. Dentro de esta materia merece destacarse por su importancia el estudio de la excesiva onerosidad sobrevenida. Caso de devaluación de la moneda, si el mutuo es gratuito el mutuante puede pedir que se reduzca su prestación, es decir, que de modo anticipado e incluso inmediato se le restituya el equivalente de lo que entregó. Si es oneroso, frente a la resolución que se pretenda puede oponerse la parte contra quien va dirigida ofreciéndose a modificar equitativamente el contrato.

Como mérito del libro podemos dar por reproducido cuanto hemos dicho al comentar la otra monografía de Carresi sobre el comodato. El autor, catedrático de la Universidad de Florencia, poco conocido hasta la fecha en nuestra patria, nos presenta dos completos y valiosos trabajos que mucho han de contribuir para consagrar su prestigio y su cualidad de primera figura dentro de la dogmática jurídica italiana.

DE CUPIS, Adriano: "Il diritto all'identità personale". Parte prima: "Il diritto al nome". I. "Il nome civile". Giuffrè, editore. Milán, 1949, 176 págs.

De entre los distintos derechos de la personalidad, el relativo a la identidad personal merece especial atención. Ciertamente, presenta diversas manifestaciones; pero las principales—el derecho al nombre y el derecho al título—constituyen figuras de gran relevancia jurídica desde varios puntos de vista. El autor ha pretendido poner de manifiesto la gran importancia que el derecho al nombre reviste en la vida social y también la complejidad de su disciplina jurídica. La variedad de las normas contenidas tanto en el C. c. italiano como en la legislación del estado civil y en otras Leyes especiales; la bifurcación del nombre en dos elementos constitutivos (nombre y apellidos) con distinta función y diversa regulación; la correspondencia del apellido con los "status" familiares, y, por ello, el nexo con el Derecho de familia; la confluencia de intereses públicos y privados; la existencia de figuras secundarias, como el seudónimo y la firma o razón social: todo ello origina una figura compleja, rica en aspectos dogmáticos, digna de consideración y estudio. De Cupis mantiene la teoría dominante conforme a la cual, el derecho al nombre, es un derecho de la personalidad; en cambio, niega su carácter de derecho innato. En su obra prescinde del estudio del derecho al título, que, sin embargo, considera merecedor de una atención mayor de la que hasta ahora se le ha prestado. La relación con el Derecho público, su doble función identificadora y honorífica, etc., convencen de la utilidad de un estudio dirigido a esclarecer la fisonomía del derecho al título y su diferencia respecto al nombre, con el que presenta de común ser ambos una manifestación del derecho a la identidad personal.

Sobre estas consideraciones preliminares, plantea el autor su obra, ciñéndola al ámbito de lo que llama "nombre civil" y agregando lo relativo al sobrenombre (apodo) y al seudónimo, que tiene carácter accesorio respecto al nombre civil. Con todo, la presente se anuncia como mero anticipo de otra obra más vasta y completa.

Al ocuparse en el capítulo I de la noción del derecho al nombre parte el autor de la relación de tal derecho, con lo que denomina el "bien de la identidad". El sujeto—dice—, como unidad de la vida social y jurídica, precisa afirmar su propia individualidad, distinguiéndose de sus semejantes. El bien que satisface esa necesidad es el "bien de la identidad", que consiste, precisamente, en el distinguirse de las demás personas con las que entra en relaciones sociales. Es difícil determinar si semejante bien precede o sigue, en la jerarquía de los modos de ser morales de la persona, a los bienes relativos al honor; pero de su gran importancia no existe duda, puesto que el hombre otorga gran valor al hecho de poder manifestarse no sólo como persona, sino como una "cierta" persona, evitando la confusión con los demás. Entre los medios para lograr ese bien, aparece en puesto preeminente el nombre, signo ver-

bal que manifiesta el conocimiento social, de modo inmediato y con plena claridad, el sujeto a quien se refiere. Aunque el nombre es un medio general de expresión, apto para indicar cualquier ser pensable, adquiere particular importancia social y jurídica al servir para la identificación de las personas; y a este respecto ha de recordarse el texto romano: "Nomina... significandorum hominum gratia reperta sunt". El ordenamiento jurídico toma en consideración la finalidad identificadora del nombre y le confiere una tutela adecuada, hasta el punto de que el derecho a la identidad personal se configura, en esencia, como derecho al nombre. También la imagen ejercita esa función; la imagen sirve también para individualizar al sujeto y distinguirlo de los demás. Lo mismo puede decirse de otros elementos de identificación del sujeto—la voz, los acontecimientos de su vida—; pero no deben confundirse las diversas funciones identificadoras de cada uno de ellos.

En el régimen jurídico del nombre concurren elementos de Derecho público y de Derecho privado. Su inmutabilidad significa que origina un "deber" al nombre con respecto al Estado; y, al propio tiempo, un "derecho" privado al nombre, afirmado por la Ley (artículo 6.º, párr. primero, C. c.) y dotado de acciones de reclamación del nombre y por usurpación del mismo (art. 7.º). En consecuencia, el nombre no es sólo una institución de policía civil, un simple número de matrícula que la Ley imponga a toda persona en interés general; más exacto es decir que existe un derecho privado al nombre con reflejos de naturaleza ius-publicista.

El derecho al nombre lo clasifica De Cupis, según se ha dicho, entre los derechos de personalidad. El nombre es algo inherente a la persona, a la que representa e individualiza en sí misma y en sus acciones (por el nombre se adscriben a cada uno sus propios actos). Por medio del signo verbal en que consiste el nombre se realiza, pues, el "bien de la identidad" personal. Y la identidad personal es un modo de ser moral de la persona, un bien personal que en sí mismo carece de una inmediata utilidad económica. Lo que sirve para demostrar su naturaleza de derecho de la personalidad. Una antigua teoría sostenía que el derecho al nombre es un derecho de propiedad. Para refutarla basta considerar que el derecho al nombre no tiene por objeto un bien patrimonial exterior al sujeto; razón suficiente para excluir su naturaleza dominical. Por otra parte, la referida teoría está ya hace tiempo desacreditada, y no se atribuye valor científico a frases como estas: "el nombre es objeto de la propiedad más sagrada", "es la primera entre todas las propiedades", etcétera. Tales frases sólo pueden considerarse como aforismos banales. El único mérito que cabe reconocer a la repetida teoría es el de haber podido presentar, mediante una expresiva comparación, las notas de inviolabilidad y carácter absoluto del derecho al nombre. Otros escritores han sostenido que el derecho al nombre es un derecho sobre bienes inmateriales o sobre una cosa incorporeal, como el derecho de autor; el nombre, a diferencia de la obra intelectual, no es producto de actividad mental creadora del sujeto, pero a pesar de ello es un "quid" espiritual, objeto de un derecho

que se clasifica también entre los que recaen sobre cosas incorpóreas. Contra esta teoría sirve la misma crítica opuesta a la anterior: objeto del derecho al nombre es un bien no exterior respecto a la persona.

La confirmación definitiva de la tesis, según la cual el derecho al nombre debe clasificarse entre los de personalidad, proviene ahora de la "sedes materiae". El derecho al nombre aparece regulado legislativamente en el artículo 6.º del C. c. italiano, formando parte del Título I "De las personas físicas", del Libro primero; dentro de este título los artículos 5.º a 10 están dedicados al régimen de los derechos de la persona, a los que corresponde la denominación de "derechos de la personalidad".

Con la indicada base legislativa, De Cupis construye su obra, y en capítulos sucesivos, del II a IV, estudia las vicisitudes del derecho al nombre (adquisición, modificación y extinción); los modos de su tutela judicial (privada y pública), y los medios accesorios de designación de la persona (sobrenombre, seudónimo y su régimen jurídico).

No puede dudarse del interés práctico del derecho al nombre, y en este sentido, la obra de De Cupis cumple bien. En cuanto a su valor teórico o dogmático, si la obra no llega a la altura de otras (por ejemplo, "Il danno", Milán, 1946) del mismo autor, ello no impide que parezca, en nuestro sentir, completamente infundada y producto tal vez de un prejuicio, la "desenfadada" nota bibliográfica que ha publicado sobre esta obra Carnelutti en la "Rivista di Diritto Processuale", abril-junio, 1950, págs. 178-179.

Andrés DE LA OLIVA DE CASTRO
*Profesor adjunto de Derecho Civil
 de la Universidad de Madrid.*

EHRENZWEIG, Armin: "System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts". I. 1. "Allgemeiner Teil". Zweite Auflage. Wien, 1951. Manzche Verlags und Universitaetsbuchhandlung. 401 págs.

Decía D. Jerónimo González, y predicó con el ejemplo, que el Derecho austriaco tiene un especial interés para los juristas españoles. Se recuerda este dicho porque, tanto el fallecido maestro como los demás autores que han recogido la doctrina austriaca, han utilizado sobre todo el Tratado de Ehrenzweig.

La historia del Tratado es ejemplar y merece ser recordada. El profesor Krainz murió en 1875, y el profesor Pfaff, con piadosa abnegación, recogió y publicó las lecciones de aquél, que serán la primera versión del Tratado. Desde la tercera edición, en 1899, colaboró Ehrenzweig en la publicación corregida de la obra; en la quinta edición su obra personal fué tan importante, que se hace responsable de la publicación; desde la sexta edición, en 1925, aparece ya como obra nueva la parte general, dada la transformación general del libro. Ahora, a los veinticinco años, ha vuelto Ehrenzweig, con juvenil energía, a publicar la segunda edición de la parte general.

El prestigio de la obra de Ehrenzweig es sobradamente merecido, por la seriedad de su labor y la solidez de su doctrina, y es admirable ob-

servar que, a pesar del tiempo transcurrido, lo mantiene con igual dignidad y prestancia. En esta edición, el autor ha limitado al extremo los cambios y añadidos, con tal habilidad, que ha logrado reducir a veinte el número de páginas aumentadas. Las novedades más notables se encuentran en la sección dedicada a Derecho internacional privado, en la que además de recogerse la nueva literatura y jurisprudencia, se trata también de alguna cuestión antes no estudiada especialmente, como la persona jurídica extranjera (pág. 107) y la condición del apátrida (página 108); completamente nuevas son las páginas dedicadas a la ausencia y declaración de muerte, al comentar la regulación dada por la ley de 4 de julio de 1939 págs. 160 sigs.); también son nuevos datos sobre la moderna legislación y literatura jurídica de los territorios que formaron parte del Imperio austro-húngaro (págs. 37 sigs.). Pequeños cambios y frases agregadas pueden descubrirse por doquier comparando los textos de 1921 y de 1951, que son en especial abundantes en las notas, al recogerse y discutirse la nueva literatura jurídica. Una cierta desviación substantiva puede significar el tono distinto con que el autor se refiere al Derecho Natural; en 1925 se le consideraba condenado por la ciencia (págs. 4-5); ahora, después de referir el renacimiento de la doctrina del Derecho Natural y la moderna tendencia de buscar la formulación de principios generales—en lo que la diferencia de la del siglo XVIII—admite que “por muy dudosa que sea esa aspiración, es posible que influya en la legislación de los diversos países y pueda servir a la unificación del Derecho” (pág. 7).

En fin, puede decirse que esta edición de la parte general del Derecho civil de Ehrenzweig conserva todas las virtudes que dieran tan merecida fama a la de 1925 y que hoy tiene sobre ella la ventaja de estar puesta al día, recogiendo una amplísima información bibliográfica (completísima respecto a Austria y Alemania), legislativa y jurisprudencial.

F. de C.

F. REGATILLO, S. I., Eduardo: “Derecho parroquial”. Bibliotheca Comillensis, Santander. Editorial Sal Terrae, 1951, 594 páginas.

El Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas ha publicado este nuevo libro. En él se pretende—según el prefacio—reunir toda la doctrina y legislación eclesiástica y civil que al clero parroquial atañe. El intento es ambicioso por la extensión del objeto y lo complejo y heterogéneo de las materias cuyo manejo supone para exponer en una obra todo el Derecho que incide sobre la parroquia y el párroco, aun contando con el predominio del Derecho canónico, que forma la base general de la obra. Pero el autor estructura un tratado que salva estos obstáculos con esa difícil facilidad que sólo se consigue con un conocimiento profundo de las diversas disciplinas jurídicas y teológico-morales, en las que se mueve con una envidiable agilidad, y con la capacidad de trabajo que le caracteriza.

Libro dedicado a personas no especializadas, ni siquiera en ocasiones

familiarizadas con los términos jurídicos, de los que, sin embargo, han de hacer uso en la más elevada de las funciones, trabajando con el instrumento natural del Derecho en el campo sobrenatural de las almas, al servicio de Dios. Por su objeto y por su fin, ha de contener desde las nociones jurídicas—o que interesan directa o indirectamente al Derecho—más elementales, hasta las últimas soluciones en cuanto al haz de problemas que en la doctrina y en la práctica cada institución plantea. El P. Regatillo, “después de haber consagrado toda su vida sacerdotal a la formación del clero secular”, sabe llegar a él convirtiendo su libro en un maestro que enseñe en silencio, con la pasiva exposición de su método, de sus apartados, de sus acertadas divisiones y subdivisiones. La verdad es más patente cuando se presenta atractiva, y para ello nada mejor que ponderar los elementos y la extensión para decir, ni más ni menos, lo necesario. Claridad elemental en los conceptos fundamentales, exposición llana cuando no hay controversias, argumentos suficientes para apoyar su tesis en los casos en que las sustenta y argumentos de autoridad, que constituyen generalmente las abundantes notas de bibliografía y juri-prudencia, cuando se trata de recoger la doctrina más probable. Todo en un lenguaje transparente, lo mismo cuando se utiliza el castellano que cuando la materia se desarrolla en lengua latina (impedimento de impotencia; págs. 322-328). Esta claridad no perjudica el carácter científico del libro, ni hace decaer el enorme interés que, por la extensión de las materias tratadas y por el modo de enfocarlas e incrustarlas en el Derecho canónico, presenta la obra para teóricos y prácticos de disciplinas no canónicas, especialmente para los civilistas.

El libro se divide en dos grandes partes. En la primera, referida a la parroquia, se trata de la división de la Iglesia; concepto, historia, origen jurídico y clases de la parroquia; erección; beneficio parroquial; provisión de la parroquia; cesación y remoción administrativa del párroco; procedimiento para imponer ciertas penas. La segunda trata del párroco y estudia su naturaleza y potestad; su ministerio parroquial; sacramentos en general y en particular; procesiones, bendiciones, sepultura eclesiástica; funciones sacerdotales; derechos y deberes parroquiales; penas de los párrocos; vicarios parroquiales, ecónomos, sustitutos, regentes, coadjutores, rectores de Iglesias, capellanes y adscritos, arciprestes; Acción Católica; parroquias y párrocos religiosos. Sigue un apéndice con los distintos tratamientos honoríficos y formularios de algunas materias prácticas tratadas en el texto. Termina con los índices alfabético y sistemático.

El Derecho parroquial está tratado en general y con aplicación especialísima a España, lo que obliga a referirse al Derecho concordado y al Derecho nacional civil, hipotecario, administrativo, político, tributario, etc. A nuestra consideración convendrá formar tres apartados:

A) En el primero de ellos habrá que referirse al derecho canónico con toda la aportación que, reducida al campo de la parroquia, resulta del conjunto de la obra y con las dificultades que la complejidad de fuentes del Derecho canónico oponen. Junto con las cuestiones teológico-mora-

les constituye la base del libro y determina su estructura. De ella interesa, sobre todo, la referente al Derecho matrimonial por el reconocimiento del matrimonio canónico y su obligatoriedad para los católicos y la admisión de las normas de la Iglesia católica sobre el matrimonio como leyes de España (artículos 42 y 75 del Código civil). Siguiendo su método eminentemente práctico, aunque sin dejar de aclarar los puntos teóricos que interesan, no ha de extrañar que en su división se intercalen apartados que no existen en otros textos de Cánones, como el expediente matrimonial, modo de tramitar las dispensas, etc., aparte las referencias al Derecho español no canónico que examinamos después.

B) Es muy extenso el repertorio de cuestiones extrañas al Derecho canónico, que no constituye tampoco intrínsecamente Derecho civil. Sin propósito de agotarlas nos referimos a: jurisdicción castrense en España, según el Convenio de 5 de agosto de 1950 (página 25); normas sobre arreglo diocesano y parroquial (pág. 23); situación actual española de las colegiadas y de las parroquias instaladas en catedrales (pág. 53); presupuesto español de culto y clero (pág. 61); parroquias de libre colación en España (pág. 108) y tasas a pagar por las bulas (pág. 111); nombramiento, prenotificación y provisión de las parroquias de patronato (pág. 118); concurso (pág. 120), concurso general (pág. 124) y en las parroquias de patronato particular (pág. 126); intervención del Estado y del patronato en la renuncia (pág. 134); concepto del párroco en las disposiciones legales y en la jurisprudencia españolas (pág. 157); disposiciones gubernativas y penales en cuanto a procesiones (pág. 339); cementerios: historia en España (pág. 405), construcción (pág. 406), propiedad (pág. 407), administración (pág. 408), clases (pág. 411), personas a quienes se destina (pág. 412), inmunidad (pág. 415), construcción de panteones (pág. 415), inhumación (pág. 416), traslación (pág. 417), exhumación (pág. 418), entierros (págs. 421, 435, 441, 443), sanciones penales (pág. 462); legislación civil española sobre educación religiosa (pág. 488); timbre del Estado en los libros y documentos parroquiales (pág. 497); vicarios curados (pág. 506), coadjutores (pág. 511); capellanes castrenses (pág. 518).

C) La parte más extensa de estas referencias la ocupan las disposiciones y la doctrina del Derecho civil español, en las que expone los problemas siguientes, agrupados por materias:

Referentes a las personas: Nacionalidad de los párrocos (pág. 104); disposiciones del "Codex iuris" sobre fetos abortivos y monstruos (página 175); nombres del bautismo, del Registro civil y concordancia entre ambos (págs. 180-181); valor jurídico de los libros parroquiales y de los documentos que expiden los párrocos (pág. 496); naturaleza jurídica de la Acción Católica (pág. 522).

Familia: Valor de las proclamas para el matrimonio civil (pág. 272); matrimonio del viudo y del cónyuge del ausente (págs. 279 y 280); matrimonio de militares (págs. 280-282); derecho civil español sobre licencia y consejo paternos (págs. 284-287); sujeto de los impedimentos civiles (pág. 291); requisitos civiles de validez del mandato para el

matrimonio por apoderado (pág. 362); derecho civil sobre celebración del matrimonio, asistencia del juez e inscripción (págs. 368-370); derecho civil sobre matrimonio de conciencia (pág. 371); matrimonio civil (pág. 373); paternidad y filiación págs. 377-380); procedimiento de divorcio y separación pág. 383); derecho civil sobre divorcio (pág. 385); disolución del vínculo (pág. 390).

Bienes y derechos reales: Erección de parroquia y aportación de dote por el Estado (pág. 30); propiedad de la Iglesia parroquial (página 49); exenciones civiles de que goza (pág. 50); bienes de fábrica en España (pág. 54); junta de fábrica (pág. 56); obras y reparaciones ordinarias y extraordinarias (págs. 58, 59 y 60); dote de los beneficios (pág. 74); rentas parroquiales (pág. 78); casa rectoral: propiedad, exenciones, inscripción en el Registro, disfrute, reparaciones (pág. 79); huerto rectoral: ídem (pág. 80); administración de los bienes beneficiarios (pág. 81); gravámenes de la renta parroquial (pág. 84); pensiones parroquiales (pág. 96); construcción, propiedad y administración de cementerios (págs. 406-408); obvenciones parroquiales (pág. 464); ofrendas u oblatas (pág. 465).

Contratos: Observancia de las leyes civiles en cuanto a la celebración de los mismos, según el canon 1.529 y la doctrina canónica sobre contratos en materias eclesiásticas (págs. 61-66).

Sucesiones: Causas pías (págs. 66-71); capacidad para testar (página 67).

En el Apéndice se encuentran, entre otros muchos, inventarios de fábrica de una iglesia parroquial (pág. 538); formularios de esponsales, expediente matrimonial, actas de licencia y consejo, proclamas, dispensas, modo de trazar los árboles genealógicos, aviso al juez municipal, actas de matrimonio en peligro de muerte, ídem de conciencia, etcétera (págs. 547 y siguientes); instancias a los Gobernadores civiles para traslados, exhumaciones y mondas, etc. (pág. 560); fundaciones y bienes eclesiásticos, licencias para litigar, etc. (págs. 576 y siguientes).

La presentación tipográfica del libro es sencillamente perfecta, y la edición muy cuidada.

José María DESANTES GUANTER

FAIREN: "El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia (Contra la doctrina de la *litis contestatio*)". Barcelona, 1950.

1.º Tras la reciente publicación de su magnífico estudio sobre "La transformación de la demanda" (Vid. reseña del Prof. Prieto Castro en esta misma revista), nos ha dado a conocer Fairén, en un nuevo libro, los resultados de sus indagaciones sobre este otro problema procesal, tan importante para la teoría y la práctica. Los lectores del ADC estábamos informados por anticipado de las ideas fundamentales desarrolladas en esta obra, sintéticamente expuestas en un artículo (ADC, 1949, fasc. III, págs. 899 y siguientes). Pero ahora podemos seguir al detalle el curso de los argumentos que llevan al autor a su tesis fundamental.

2.º Para proponer el problema del desistimiento, aborda primero Fairén la repercusión que los diferentes modos de terminar el proceso han de tener sobre la reiterabilidad de una pretensión (pág. 19). Así, rápidamente, sin digresiones perturbadoras, entra de lleno en el mismo centro del problema. Y dice para caracterizar el desistimiento: "Se trata de una declaración, hecha por el actor, por la que anuncia su voluntad de abandonar el desarrollo de la pretensión que interpuso en el proceso que está pendiente; de renunciar a éste, haciéndolo con respecto al acto introductivo del mismo por el que comenzó a preparar o desarrollar dicha pretensión, así como también a sus efectos. Con ello se abandona la la posición procesal creada por la presentación de la demanda, así como el derecho al examen judicial de la misma y a la sentencia que habría de recaer. Pero el actor no quiere renunciar a ejercitar nuevamente su derecho de acción y a desarrollar la misma pretensión en otro proceso ulterior, de idéntico contenido. El desistimiento se limita a extinguir la litispendencia; es, pues, la inversa de la demanda" (pág. 23).

En nuestra Ley de Enjuiciamiento civil no se concede atención al desistimiento en primera instancia, sino sólo al sobrevenido en segunda instancia o en casación, cuyos efectos son muy distintos. Por eso ha sido necesario que la Jurisprudencia construyese una doctrina sobre aquél. Su primer tanteo fué intentar una aplicación analógica de los preceptos concernientes al desistimiento en el "proceso regresivo" (artículos 409 ss., 846 ss. y 1.789 LEC.), prescindiendo de la diversidad que introduce la existencia de una resolución preexistente. La doctrina jurisprudencial, sin embargo, ha experimentado una evolución intensa, si bien dejándose alucinar con frecuencia por la idea mística de la litis contestatio. He ahí por qué estima Fairén necesario proyectar históricamente aquella doctrina con el propósito de demostrar que no tiene razón de ser actualmente (—36). Tras esto, en un interesante estudio histórico, Fairén nos muestra la evolución de la l. c. desde el Derecho romano hasta nuestros días (caps. III, IV, V).

3.º Combatidas mediante las investigaciones precedentes las teorías contractualistas del proceso, el autor trae al primer plano la tesis de la vinculación del actor al proceso, también primero esbozada en su génesis histórica (cap. VI).

La vinculación del actor al proceso es, en su esencia, "una limitación en cuanto al ejercicio del derecho de accionar en beneficio de la sociedad y del demandado" (—111). Es un impedimento que se opone a la reiteración de un mismo proceso, pero que nada tiene que ver con el efecto consuntivo de la l. c., sino que dimana del concepto de proceso como institución de Derecho público. El fundamento de la vinculación del actor ha de buscarse en las repercusiones de la demanda sobre la posición jurídica del demandado, en la "difamación judicial" que hubiese podido producir aquélla. El demandado puede tener interés en la continuación del proceso hasta una sentencia absoluta que "deje a salvo su reputación". Entre ambos intereses contrapuestos, el del actor en desistir y el del demandado en proseguir el litigio hasta sentencia, debe

mediar un juicio valorativo imparcial que decida a cuál se debe otorgar preferencia, pues, en principio, los dos intereses son dudosos. Así surge la necesidad de dar audiencia al demandado (—118).

4.º Llegado a esta altura de la investigación, Fairén se ocupa de determinar los límites temporales del desistimiento. Y estima que el demandante puede desistir, una vez que se tenga por admitida la demanda, y hasta la citación para sentencia. No puede ni antes ni después. No antes, porque, aunque la litispendencia se retrotraiga a la presentación de la demanda, no se produce realmente hasta su admisión, y si no hay litispendencia no es posible renunciar a sus efectos ni hablar tampoco la difamación judicial. Ni después, porque la actuación de las partes termina en ese momento y porque, como el Juez puede desde entonces dictar la sentencia, la admisión del desistimiento constituiría una renuncia a la sentencia, cosa no prevista en nuestra legislación (—125). Por lo demás, la audiencia del demandado se precisa, según Fairén, desde la admisión, asimismo, de la demanda (—136).

5.º En los restantes capítulos de su libro, se ocupa sucesivamente Fairén de las normas que ha de tener en cuenta el Tribunal para valorar los intereses de las partes y de la técnica procesal del desistimiento. Expresada la voluntad de desistir, que ha de fundarse, se da traslado al convenido, cuyo asenso determina una resolución judicial, teniendo por desistido al actor. Si el demandado se opone al desistimiento, el Juez, valorando los intereses contrapuestos, resolverá en resolución motivada lo que sea procedente (—149).

6.º Esta es en síntesis la teoría de Fairén sobre el desistimiento. De propósito hemos prescindido de la parte histórica que, por una parte, no estamos en condiciones de juzgar, y, por otra, ha de ser comentada en el AHDE por un especialista. El problema meramente procesal, a nuestro juicio, ha sido tratado en forma irreprochable, con un propósito exhaustivo digno de todo encomio, y desde perspectivas modernas y sugerentes. El trazo caracterizador es fino y brillante y demuestra a las claras, una vez más, que el autor conoce a fondo la técnica de la investigación jurídica.

7.º Dice Horacio que en cualquier obra, por seria que sea, es lícito deslizar alguna anécdota, aun manteniéndose en la esfera del más puro aticismo. No creo, pues, que parezca mal tomarse esta licencia en una reseña sin ningún género de pretensiones. Conocí a Fairén precisamente en el momento de presentarme ante el Tribunal que había de juzgar mi tesis de Doctorado. El era uno de los miembros. Ya entonces pude percatarme de la orientación preferente de su formación jurídica. Sus observaciones a mis puntos de vista sobre el fraude eran, casi siempre, de carácter histórico. Esta vocación de historiador no le ha abandonado y ofrece de continuo sólidas muestras de ella. Realmente, el Derecho procesal es acaso la disciplina jurídica que entre nosotros tiene más descuidada su historia. Merece, pues, elogios la tentativa de aclarar también estos aspectos de nuestro pasado jurídico. Ahora bien, yo creo —y confío que se me perdonará esta franca profesión de antihistori-

cismo—que la proyección retroactiva de las instituciones carece de “utilidad” en una construcción científica del Derecho actual, aunque sea de interés para la Política legislativa (Historia pragmática). He de confesar sinceramente que los datos que recoge Fairén son convincentes y valiosos “ex iure condendo”; pero también con la misma sinceridad debo reconocer que, al menos, en cuanto a mí respecta, su trabajo me hubiera parecido de idéntico valor dialéctico, aunque se hubiera prescindido de toda referencia histórica. Y esto—entiéndase—no es afirmar que convenga repudiar la historia, ni mucho menos rebajar el mérito del autor. Al contrario, creo que su investigación ilustra y alecciona sobre la génesis y desarrollo de un mito jurídico y suministra, además, antecedentes fenomenológicos con miras políticas (Vid. sobre esto, RGD, abril de 1948, página 206). Lo que sí haré, para justificar una actitud tan radical como la mía, despreocupada de todo miramiento por las legislaciones antiguas, es preguntar si las enseñanzas que se piden a la historia para enjuiciar nuestro Derecho vigente no se podrían obtener del mismo modo por una vía rigurosamente deductiva. Frente al creciente positivismo legalista actual, yo estoy persuadiéndome más cada día de que lo importante son los conceptos, y de que las leyes significan mucho menos que lo que a primera vista parece.

8.º En otro terreno, las discrepancias teóricas tienen poco relieve. A mí, personalmente, la idea de la vinculación del actor al proceso me parece demasiado afectada de relativismo, puesto que se estiman casos en que resulta inaplicable. Ahora bien, al no tener carácter general, su valor disminuye evidentemente. Si no es lícito decir que toda pretensión sea “irreproductible”, ya no creo bien afianzado el concepto de la vinculación. Por otra parte, la dirección metodológica del autor, la jurisprudencia de intereses, hace innecesario ligarse demasiado a ese concepto. Basta decir, como ya Fairén ha dicho, que existe un interés legítimo del demandado en la prosecución del proceso. E incluso se podría extender a este campo el principio de adquisición procesal. De todas suertes, los resultados serían los mismos. El problema lo es de pura economía conceptual, no de orden práctico.

José LOIS ESTEVEZ

GITRAMA, Manuel: “La administración de la herencia en el Derecho español”. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950. Un tomo de XVI más 458 páginas.

He aquí una monografía sobre el tema de la administración de la herencia, que honra los ya muchos éxitos y aciertos editoriales de la Revista de Derecho Privado.

Porque estamos ante uno de los libros más trabajados y pensados, debido a la pluma de uno de los mejores prestigios de la joven generación de catedráticos, el profesor Gitrama, a quien me es muy grato expresarle mi reconocimiento por la dedicatoria que me hace de tan magnífico trabajo. Lisonjea a todo profesor, como a todo padre, ver cómo los discípulos de otrora, verdaderos hijos del espíritu, llegan a

su plena madurez, triunfando plenamente y consagrándose como nuevos maestros.

No soy ajeno a la elección del tema. Recuerdo que le propuse al señor Gitrama varios, mostrándole mi predilección por el de la administración de la herencia, pero haciéndole ver al mismo tiempo que era un tema inexplorado aún, en el que la bibliografía monográfica sobre el tema era nula en España, y según lo que yo entonces sabía del tema, en la literatura extranjera tampoco, salvo algunos trabajos de mediano valor, había monografías expresa y concretamente dedicadas a la materia, aunque sí muchas con temas relacionados con la misma. Cuando la obra de Gitrama estaba terminada, si bien aún inédita, llegó la noticia de un libro italiano meritísimo, titulado "L'amministrazione dei beni ereditari" (1947-1949), debido a Ugo Natoli. Poco hubo que rectificar en el manuscrito de Gitrama, quien usó del nuevo libro que caía en sus manos para ampliar las referencias bibliográficas que tan abundantemente esmaltan toda la obra. Buena prueba de ello es que el libro de Natoli, reiteradamente citado en todo el curso de la obra, suele serlo casi siempre en notas reduplicadas, con numeración bis.

Gitrama ha manejado para la elaboración de este libro la mejor y más abundante bibliografía española, italiana, francesa y portuguesa. Destaca por su importancia, el conocimiento de la literatura jurídica italiana, en una amplitud que delata el aprovechamiento que Gitrama puso en su bienal estancia en el Colegio de San Clemente, de Bolonia. También en la literatura francesa se ha preocupado de consultar hasta tesis doctorales de muy difícil acceso. Muy grato también es ver cómo pone a contribución, con cierta extensión, aportaciones interesantísimas de autores portugueses, tan olvidados por nosotros. La literatura alemana, suiza e inglesa es citada con mayor sobriedad, pero siempre lo suficiente para informar del estado jurídico de cada país en torno al tema objeto de estudio. Sin perjuicio de lo que después diremos, la referencia al derecho inglés contenida en las últimas páginas del libro representa una información interesantísima.

El nombre de Gitrama se une, por medio de este libro, al de tantos ilustres renovadores de los estudios de derecho hereditario en España, renovación que se debe en gran parte, justo es reconocerlo, al esfuerzo e inquietud científicas de muchos registradores y notarios, sin que tampoco falten las aportaciones del Profesorado español. Gitrama, pues, ha de figurar entre los renovadores de los estudios del derecho de sucesiones, en lugar preferente junto a González Palomino, Roca, Porpeta, Royo, Fuenmayor, García Valdecasas, etc., etc.

Asombra ver, al lado de las certeras pero brevísimas consideraciones de Clemente de Diego (el más extenso en este punto) a la administración de la herencia, hayan podido convertirse en la amplia monografía que es objeto de recensión, la cual consta de una breve introducción, para poner de relieve la importancia del tema, y de quince capítulos.

El primer capítulo se refiere a las ideas cardinales que entran en la enunciación del tema objeto de estudio; actos de administración (sobre

los que nos anuncia un nuevo trabajo) y herencia. Consideraciones breves de finalidad claramente isagógica que dan paso al resto del libro.

El capítulo segundo, que lleva por título "La herencia en administración", ya fué publicado como trabajo independiente en la "Revista de Derecho Privado", año 1948, bajo el título de "Los supuestos de administración de la herencia". Es uno de los más interesantes del libro, como lo fué cuando se publicó como trabajo independiente. Pone de manifiesto este capítulo los diferentes casos de administración de la herencia: herencia sujeta a condición suspensiva o potestativa negativa; a plazo suspensivo; a favor de "nascituri" y de "nondum concepti"; a favor de persona jurídica aun no reconocida; a favor de persona incierta que puede resultar cierta; a favor del alma; herencia aceptada a beneficio de inventario; administración que no implica aceptación de la herencia; administración en caso de usufructo viudal universal; administración de la herencia indivisa; juicios universales de testamentaria, ab intestato y de adjudicación de bienes; los supuestos de administración a fin de eludir la entrega, en libre disposición, a una persona o a un representante legal que no merecen la confianza del testador (artículos 162 y 210 del Código civil y varias sentencias del T. S. citadas en los dos capítulos siguientes). Termina el capítulo con la consideración de la hipótesis de administración de parte de la herencia.

Realmente todo el libro se halla en germen en este capítulo, que pone de relieve los múltiples aspectos que la administración de la herencia puede presentar. En todos ellos prevalece la idea de conservación de un patrimonio, idea que podemos decir constituye el lazo de unión entre todas estas hipótesis. Pero, ¿conservación de un patrimonio, para qué? Con finalidad liquidatoria, como en la herencia a favor del alma o en un sistema más o menos concursal de satisfacción de los acreedores; o con finalidad de espera a que llegue la división y entonces la conservación aparece fuertemente matizada por la productividad de los bienes hereditarios (todos los juicios universales, herencia indivisa sin convenio de indivisión); o de espera a que se concrete la persona del heredero (administración en que se evita que tales actos impliquen una aceptación de la herencia, aún no decidida, hipótesis de las herencias sujetas a condición suspensiva o potestativa, las herencias a favor de "nascituri", "nascendi", persona que puede resultar cierta y persona jurídica aun no reconocida); o con finalidad de intervención en la gestión de la persona del cónyuge viudo gratificado con un usufructo universal o con finalidad de recelo hacia la gestión económica de ciertas personas herederos legítimos o representantes legales, padres, maridos o tutores; o, finalmente, con finalidad de régimen estable o permanente al menos durante cierto tiempo (convenios o sociedades de indivisión).

Todas estas figuras de administración de la herencia, con tan diferentes finalidades, son estudiadas simultáneamente por Gitrara, que sabe sacar de todas ellas, en cuanto es posible, una teoría común de la administración de herencia. Aunque modestamente insista en varios lugares que no es su propósito hacer un estudio detenido del aspecto procesal

del tema, sin embargo, de su libro se deduce abundante documentación de este carácter, porque no en vano el Código civil se remite a las reglas de la administración de ab intestatos y testamentarias.

El capítulo tercero se refiere al administrador de la herencia en el doble aspecto de quién puede designarlo, siguiendo la sistemática de Clemente de Diego de distinguir el administrador testamentario, el legítimo y el dativo, pero añadiendo, como no podía menos en una consideración amplia del tema, al administrador convencional y a los administradores subalternos, quizá personas de confianza del causante, encargadas por él de la administración de parcelas de su patrimonio. El otro aspecto es el de la capacidad para ser administrador, tema éste, como tantos otros, tratado destacando la ineludible aplicación analógica de preceptos relativos al albaceazgo.

Aborda Gitrama a continuación el problema de la naturaleza jurídica de la administración de la herencia y, tras comparar al administrador hereditario con otros cargos que el derecho conoce (albaceas, tutores, representantes del ausente, etc.), viene a concluir que se trata de “una institución sui generis de patente afinidad con el albaceazgo, con ciertas especies de tutela, con otras diversas figuras jurídicas, con abundantes tipos representacionales y, desde luego, con el mandato, cuyas reglas podrán ser invocadas analógicamente”.

Mas a renglón seguido se pone de relieve la diversidad de supuestos de administración de herencia y el autor distingue entre administrador nombrado contractualmente por todos los herederos, en cuyo caso nos aproximamos hasta identificarnos con el mandato; administrador testamentario que arguye un “mandatum post mortem collatum” y administrador judicial que está investido de un “officium”.

Pero entonces, ¿qué ocurre con la representación de la herencia por el administrador? Gitrama afirma que el administrador de la herencia no representa a nadie y cita a Guasp, diciendo que “en numerosas ocasiones la realidad jurídica, o simplemente el Derecho positivo, parecen atribuir expresamente tal carácter (de personas jurídicas) a determinadas masas de bienes carentes de personalidad, por razones de índole práctica o por la dificultad de hallar una titularidad personal que pueda figurar verdaderamente como parte en el proceso”.

Vienen después los capítulos quinto, sobre posesión del administrador; el sexto, relativo a sus facultades; el séptimo, tocante a sus obligaciones, y el octavo, referente a la rendición de cuentas, todos los cuales, aun conteniendo abundante doctrina y mucha casuística, que les hace inestimables para que puedan ser consultados con fruto en los problemas concretos, tienen un menor interés dogmático.

Recobra de nuevo la exposición un alto interés doctrinal al enfocar, en el capítulo noveno, la cuestión de la trascendencia de los actos realizados por el administrador; sentencias logradas por el administrador o en las que éste ha sido condenado; oposición de los herederos a los actos del administrador; administrador aparente de la herencia en cuanto fundado sobre un testamento revocado, falso o nulo, o llamamiento legítimo

en la ignorancia de existencia de un testamento; responsabilidad del administrador de la herencia.

Viene a continuación el capítulo décimo, sobre la posición del administrador en cuanto a la observancia del tracto sucesivo registral, y el undécimo, referente a la proyección del tema en el derecho internacional privado y en el interregional.

Tras un capítulo (el duodécimo) relativo a la extinción de la administración de la herencia en el que se renueva la casuística de las diversas especies de administración y la naturaleza sui géneris del cargo de administrador, vienen los tres últimos capítulos en que es muy notable el valor de las aportaciones de Gitrama a la dogmática del tema estudiado.

El capítulo décimotercero sobre la administración de la herencia indivisa por los propios herederos le da ocasión para optar por un sistema de acuerdos mayoritarios en contra del régimen de unanimidad que parece propugnarse por algunos textos legales. Vienen luego muy jugosas consideraciones en torno a la aplicación a la herencia indivisa del régimen de copropiedad, sin esquivar su opinión sobre temas vidriosos como los de autocontratación, contratos de arrendamiento a favor de coherederos, etcétera, etc.

En el capítulo catorce se trata de las especiales organizaciones de la indivisión hereditaria como remedio a los peligros de su inorganización. Destacan en este capítulo, por su importancia, la exposición de dos doctrinas francesas que se refieren la una a la llamada partición provisional que no tiene nada que ver con la aludida en el art. 1.054, pero que puede tener su apoyo en las Sentencias de 29 de diciembre de 1905, y, sobre todo, en la de 17 de abril de 1914; y la otra, a las llamadas sociedades de indivisión, creación de la doctrina y jurisprudencia del país vecino para eludir la limitación de diez años a las convenciones de indivisión, la cual también puede decirse encuentra una primera expresión entre nosotros, al decir de Gitrama, al hablar la sentencia de 16 de abril de 1942 de la existencia de "comunidades societarias". También resulta muy interesante todo lo que dice Gitrama a propósito de la indivisión de la empresa mercantil y de las maneras de conservación de la unidad de la misma, aspiración a que debe tenderse aunque haya que hacerla compatible con el deseo que puedan tener los herederos de salir de la indivisión. También se presta a muchas sugerencias la meramente esbozada proyección de ciertas indivisiones hereditarias en el campo del derecho social con los patrimonios familiares inembargables.

Y así llegamos al capítulo final relativo a la administración de la herencia en el derecho comparado, en el cual resultan de un subido interés las exposiciones del derecho inglés y del derecho italiano. También se pasa en revista los derechos alemán, suizo y francés.

Destaca entre todos el interés por el sistema inglés del que ya nos ofreció unas primicias el inolvidable don Jerónimo González en su trabajo dedicado al titular en el Registro de la propiedad, pero Gitrama amplía aquellos datos y los moderniza. Se refiere a la figura del personal representativo y al trustee, y recoge reformas legislativas recientes

como el Act de 13 de julio de 1938, que introdujo la llamada "Family provision".

El derecho italiano, admitiendo el sistema romano de aceptación de la herencia, elimina una serie de dificultades teóricas en torno a la admisión o no de la herencia yacente.

Este es, en un rápido resumen, seguramente no muy bien logrado, el libro de Gitrama, escrito en lenguaje llano, no exento de bellezas literarias, y con una presentación tipográfica como la que ya es característica de la editorial de Derecho privado.

Por todo ello no dudo de que el presente libro sea recibido con gran aprecio por todos los profesionales del Derecho, tanto de los cultivadores de la ciencia jurídica, como de los que tienen por misión la aplicación viva del Derecho.

Ignacio SERRANO

GUASP, Jaime: "La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria". Editorial Bosch. Barcelona, 1951. 173 páginas.

En 1941 publicó el profesor Guasp en la "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario" un interesante trabajo, en el que, por primera vez, se estudiaba de un modo completo y sistemático el procedimiento especial establecido por los arts. 129 y 135 de la Ley Hipotecaria para la realización judicial de los créditos garantidos con hipoteca. Gran aceptación obtuvo en el campo doctrinal—y aun en el legislativo—el citado trabajo, pero modificaciones sufridas posteriormente por la Ley Hipotecaria—en parte por influencia del repetido estudio—le hicieron anticuado, y ello ha movido a su autor a publicarlo de nuevo, de acuerdo con la legislación vigente, y ahora en la forma más apropiada—por la extensión del artículo—de monografía.

Interesantísimo en toda su extensión es el trabajo, desde la misma "Introducción" en que, con toda precisión y claridad, se delimita el objeto del estudio, hasta los últimos capítulos dedicados al examen de las distintas fases del procedimiento y de los diversos efectos, tanto materiales como formales, de dicha ejecución. Pero creemos que, de los cinco capítulos en que el trabajo se divide (1) son de mayor interés los dos primeros en los que, respectivamente, se trata del carácter y ámbito del procedimiento y de la naturaleza jurídica del mismo.

En las primeras páginas el autor expone la idea de que la ejecución procesal es única, pero con diversas manifestaciones; y a continuación, enumera los distintos procedimientos ejecutivos que nuestro Ordenamiento legal admite. Entre estos procedimientos, entre estas varias manifestaciones de la ejecución procesal destaca, por su especialidad, el procedimiento establecido por los artículos 129 a 135 de la Ley Hipoteca-

(1) I. Normas legales que regulan el procedimiento, su carácter y ámbito. II. Naturaleza jurídica del procedimiento. III. Presupuestos o condiciones. IV. Análisis del procedimiento. V. Efectos de la ejecución.

ría, procedimiento éste, que, aunque regulado en una ley de carácter sustantivo, es de naturaleza procesal.

Hasta la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909, que lo estableció, no existía un procedimiento especial para la realización judicial de los créditos garantidos con hipoteca, y, por tanto, el acreedor hipotecario había de incoar el procedimiento ejecutivo ordinario para cobrar su crédito. Era necesaria una mayor protección judicial de los créditos hipotecarios, una protección más rápida y sencilla que evitase a quien tiene un crédito de dicha naturaleza tener que hacer uso de un procedimiento—el sumario ejecutivo ordinario—que, por admitirse en él cierta cognición, aunque limitada, es lento y complicado. En atención a estas razones, y después de varias tentativas, la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909 implantó el procedimiento especial ejecutivo hipotecario, regulándolo en sus artículos 129 al 135.

Pero esta regulación que hacen las citadas disposiciones de la Ley Hipotecaria es insuficiente y surgen lagunas que es necesario llenar; así, por ejemplo, en qué forma han de dictarse las resoluciones recaídas en el procedimiento cuando nada se diga expresamente (art. 131, reglas 4.^a, 12.^a y 15.^a), cómo han de tramitarse los incidentes que surjan en la hipótesis de administración interina de la finca hipotecada por el acreedor (art. 131, regla 6.^a), etc. Mas ¿cuál ha de ser el derecho aplicable como subsidiario para llenar las lagunas dejadas por la Ley Hipotecaria? Para el profesor Guasp no es otro que el contenido en la Ley de enjuiciamiento, no sólo por la naturaleza procesal del procedimiento que estudiamos, sino también porque las alusiones que los citados artículos hacen a la Ley de enjuiciamiento (por ejemplo, art. 131, regla 3.^a) son un claro indicio de que el legislador tuvo a la misma como supletoria.

Una vez determinadas las fuentes del procedimiento hipotecario, pasa el profesor Guasp a examinar el carácter y las notas esenciales del mismo. Y con ello entra de lleno en el estudio de interesantes problemas, tales como los siguientes:

a) Si el procedimiento ejecutivo hipotecario tiene carácter exclusivo, o, en otras palabras, si puede el acreedor hipotecario hacer uso de otros medios procesales para conseguir el pago de su crédito.

De un examen “prima facie” del art. 129 parece deducirse la imposibilidad de adoptar otro procedimiento que no sea el establecido por la Ley Hipotecaria. En efecto, en el citado artículo se dice: “... sujetando su ejercicio (el de la acción hipotecaria) al procedimiento judicial sumario que se establece en el art. 131, sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes”. Pero examinando más detenidamente el precepto, el profesor Guasp deduce, en su trabajo, la posibilidad por parte del acreedor hipotecario de acudir a otro procedimiento, basándose en los siguientes argumentos:

1.º El Artículo 129 dice “La acción hipotecaria “podrá” ejercitarse... sujetando su ejercicio al procedimiento judicial sumario que se establece en el art. 131 ...”; éste “podrá” indica se trata de una facultad,

de un privilegio concedido al acreedor hipotecario, a diferencia del acreedor ordinario, pero no de una obligación.

2.º La última parte del mismo art. 129 se refiere a la imposibilidad de alterar por convenio “los trámites” del procedimiento, pero no el procedimiento en su conjunto, que puede ser sustituido por otro.

3.º La misma Ley Hipotecaria se refiere expresamente a tal posibilidad de realizar judicialmente el crédito por medio de otro procedimiento distinto del ejecutivo hipotecario (así, art. 126).

Esta tesis de la no exclusividad ha sido aceptada por la Dirección General de Registros, que en su resolución de 11 de febrero de 1911 dice que “el referido procedimiento tiene carácter potestativo y voluntario”, y que “la ley ha querido dejar en libertad a los interesados para elegir este medio, sin hacerlo en ningún caso obligatorio” (1).

Saliendo al paso de la posible alegación de falta de interés en el acreedor hipotecario al incoar un procedimiento más complicado que el establecido por la Ley Hipotecaria, el profesor Guasp hace ver las desventajas que a veces tiene el procedimiento sumario hipotecario para el acreedor actor, y, por consiguiente, la posibilidad de que a éste le interese incoar otro procedimiento. Así, en el hipotecario, por su carácter de sumario, no se obtiene una sentencia con efectos de cosa juzgada, como se consigue, por el contrario, en el procedimiento de cognición ordinario. Piénsese también en el caso de insuficiencia de los bienes hipotecados para cubrir el crédito; incoándose el sumario ejecutivo hipotecario no puede hacerse presa en otros bienes del deudor, lo que sería posible de haber hecho uso del sumario ejecutivo ordinario.

b) Admitida la no exclusividad del procedimiento hipotecario, surge un nuevo e importante problema: ¿las normas de los arts. 129 a 135 son de carácter dispositivo o absoluto? Esta no es una cuestión—advierte el profesor Guasp—de mera importancia teórica, sino también de gran trascendencia práctica, en cuanto de ello depende la admisibilidad o no de los pactos procesales y los distintos efectos de la inobservancia de una determinada norma jurídica. El art. 129 dice claramente, como hemos dejado indicado ya, que “ninguno de sus trámites puede ser alterado por convenio entre las partes”, lo que nos obliga forzosamente a declarar el carácter absoluto de las normas reguladoras del procedimiento hipotecario, aunque cueste trabajo admitir que un procedimiento creado en favor de las partes no pueda ser modificado según sus conveniencias. Y es que lo que hay es que tal limitación tiene por fin no tanto frenar la voluntad de las partes como evitar que un procedimiento que por su fin ha de ser rápido y sencillo se complique, como se complicaría de admitirse la intervención de la voluntad de las partes. De otro lado, el profesor Guasp advierte que “la prohibición legal se aplica a aquellas convenciones que directamente tiendan a regular un trámite y no sobre

(1) Cuatro son los medios de que puede hacer uso el acreedor hipotecario para obtener el pago de su crédito: 1º, el juicio declarativo ordinario; 2º, el ejecutivo ordinario; 3º, el ejecutivo sumario, y 4º, el procedimiento extrajudicial.

aquellas que, recayendo sobre la acción o el título, produzcan una modificación en el posible proceso que ulteriormente se origine”.

Si interesante es el capítulo I, más aún lo es el II, en el que se trata de la naturaleza jurídica del procedimiento hipotecario. El autor examina primeramente las distintas denominaciones que para designar el citado procedimiento se han empleado. Se muestra el profesor Guasp enemigo de llamarle procedimiento hipotecario, pues tal denominación parece indicar se trata de un procedimiento de carácter sustantivo o material, cuando en realidad es, como dejamos apuntado más arriba, de carácter procesal. “La calificación del proceso—dice Guasp—ha de hacerse no tanto por el especial objeto a que está destinado como por la índole de los actos que lo componen”, y éstos, indudablemente, son de carácter procesal. Tampoco es muy apropiada, en opinión de Guasp, la denominación comúnmente empleada de procedimiento judicial sumario, pues—prescindiendo de la redundancia que supone la expresión “procedimiento judicial” (1)—el término “sumario” da una idea de acortamiento y sencillez de trámites en comparación con otro procedimiento más complicado, peor no de una alteración “in radice” de los trámites del proceso, como sucede en el procedimiento de que hablamos, en el que no existe una fase destinada a la comparecencia del deudor-demandado, y, por tanto, a sus alegaciones.

Precisamente en esta falta de comparecencia y alegaciones del demandado ve el profesor Guasp la nota fundamental y característica del procedimiento establecido por la Ley Hipotecaria. Partiendo de esta base se han presentado por hipotecaristas y procesalistas diversas opiniones sobre la naturaleza jurídica del procedimiento de los arts. 129 al 135 de la Ley Hipotecaria, opiniones que el profesor Guasp en su monografía va criticando con razonamientos muy dignos de consideración.

Para algunos hipotecaristas, como Morell y Aragonés, el juicio de que nos ocupamos no es en realidad un juicio, ya que no existe contienda entre partes. En seguida se advierte lo equivocado de tal opinión: en el juicio hipotecario hay indudablemente contienda entre partes, intereses contrapuestos—el del acreedor que quiere cobrar y el del deudor que se niega a ello, al menos tácitamente, pues por eso se ha visto obligado el primero a acudir a la vía judicial—, lo que sucede es que tal oposición no se manifiesta en el procedimiento. “Más que ausencia de contienda, hay ausencia de un período procesal destinado a examinarla”, dice Guasp.

Según García Fernández (2) se trata de un procedimiento—un expediente, mejor—de jurisdicción voluntaria, ya que no existe contradicción. Pero tampoco en la ejecución de sentencias hay contradicción y no puede negarse su carácter de acto de jurisdicción contenciosa. De otra

(1) Excusable en cuanto tiene por fin distinguir tal procedimiento del extrajudicial, admisible según la Ley hipotecaria (art. 129, párrafo II) cuando se haya pactado.

(2) *Das cuestiones referentes al procedimiento judicial sumario*. “Revista general de Legislación y Jurisprudencia”, 1912, págs. 189 y 5

parte, en los actos de jurisdicción voluntaria es perfectamente admisible la oposición, haciéndose entonces contencioso el expediente (art. 1.817), oposición que, como hemos indicado, es imposible en el procedimiento hipotecario salvo en los casos excepcionales del art. 132, en que tiene lugar un incidente.

Para M. Pidal (3) el procedimiento hipotecario es una manifestación del procedimiento ejecutivo documental, una de las especies del procedimiento monitorio. Ciertamente que en él, como en el monitorio, el Juez, después de examinar los documentos en que el actor funda su derecho, dicta un mandatum de solvendo, sin oír al demandado, pero entre uno y otro procedimiento podemos señalar, entre otras, las siguientes diferencias: 1) el procedimiento hipotecario es un procedimiento de ejecución; el monitorio, por el contrario, tiene por fin la rápida creación de un título que haga posible la ejecución. 2) El procedimiento monitorio se caracteriza por la inversión de la iniciativa del contradictorio del actor al demandado (4), lo que no sucede en el hipotecario, en el que siempre el acreedor-actor inicia el juicio.

Después de rebatir las distintas opiniones formuladas por la doctrina en torno a la naturaleza jurídica del procedimiento hipotecario, el profesor Guasp expone y fundamenta su propia opinión, manteniendo que el procedimiento regulado en los arts. 129 y ss. de la L. H. es un procedimiento de ejecución, y tratando luego de encuadrarlo en alguno de los tipos admitidos por nuestra ley procesal. La duda se encuentra entre el procedimiento ejecutivo de los artículos 1.429 al 1.480 de la LEC., y el procedimiento de apremio de los artículos 1.481 al 1.543. El profesor Guasp rechaza toda equiparación entre procedimiento hipotecario y procedimiento ejecutivo, pues para el citado profesor, el procedimiento ejecutivo de los arts. 1.429 y ss. de la LEC. es, paradójicamente, un juicio de cognición, y el hipotecario, por el contrario, es ejecutivo. Si no fuera ésta una importante diferencia, aun hay otra nota diferenciadora: en el procedimiento ejecutivo se admite la posibilidad de que el deudor-demandado se oponga (art. 1.461 LEC.), lo que no sucede en el hipotecario, salvo en los casos del art. 132, pero aun en estos casos, la oposición tiene lugar en un incidente, y, por tanto, no es esencial al procedimiento. Concluye el profesor Guasp sosteniendo que el procedimiento ejecutivo de la Ley Hipotecaria es semejante al procedimiento de apremio de la Ley de enjuiciamiento. Esta es la tesis aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en su sentencia de 23 de noviembre de 1926 dice que tal procedimiento "reúne condiciones y requisitos de gran semejanza con la vía de apremio del procedimiento ejecutivo".

Jaime de CHAVARRI
Licenciado en Derecho.
Becario del I. N. E. J.

(3) *Elementos de Derecho procesal civil*, págs. 830 y s.

(4) CALAMANDREI: *El procedimiento monitorio*. Buenos Aires, 1946, pág. 7.

IGLESIAS, Juan: "Instituciones de Derecho romano". Vol 1.º, Barcelona, 1950.

En nuestra literatura romanística de los últimos tiempos dominan los tratados y manuales de Instituciones, sin duda inspirados en la necesidad de satisfacer las exigencias de la enseñanza universitaria. Se ha hecho clásico ya entre la juventud estudiosa, y por merecimientos propios, el de Arias Ramos, hoy catedrático de la disciplina en Valladolid, obra en la que se funden una sencillez y claridad excelentes, con una ponderada y bien medida información. Después de él, en el tiempo, se ha publicado la *Historia e Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1949, del catedrático de Salamanca Francisco Hernández Tejero, certera síntesis, que en 387 páginas traza un excelente resumen de la materia, con las imperativas limitaciones en fuentes y bibliografía que tal propósito simplificador trae consigo.

La obra que hoy reseñamos de Juan Iglesias tiene características más semejantes a la de Arias Ramos. Su autor es uno de los más jóvenes profesores de la Universidad española, que ya en los años que trabajó a nuestro lado antes de su exaltación a la superior docencia, dió muestras de su sólida formación, de su firme espíritu de trabajo y de una fina y depurada sensibilidad jurídica. Sus oposiciones primero, sus escritos y conferencias después, y esta obra que comentamos hoy, son fruto sazonado de aquellas dotes que nosotros bien conocíamos.

Ni la *amicitia*, ni el modesto patronazgo científico que con él nos ligan han de ser obstáculo para que nuestro juicio sobre su obra tenga la objetividad que debemos al lector y a nosotros mismos. Tres son, a mi entender, las características más acusadas de las *Instituciones* de Juan Iglesias; la primera de ellas, común a todos sus escritos, es la de poseer un castellano castizo, con resonancias añejas y clásicas, vertido en un estilo sobrio y recto, poco frecuente en la literatura científica actual; su pluma nos recuerda a veces aquella—por desgracia, desaparecida—de nuestro D. Felipe Clemente de Diego, del que tanto aprendimos, y del que tanto, todavía, tenemos que aprender; la segunda nota que caracteriza la obra de Iglesias es la de ofrecer una bibliografía recentísima, de primera mano, que pone al día el estado de la investigación romanística; y la tercera viene dada por una excepcional maestría en la labor de síntesis, que ofrece temas como el de la supervivencia del Derecho romano, el colonato, la "constitutio Antoniana" y otros tantos más, dotados de una precisión y claridad extraordinarias.

El volumen, de 221 páginas de texto, sigue en esencia la sistemática clásica. En su "Introducción" aborda, bajo el rótulo "el Derecho romano", cuestiones de índole general complementadas con las "ideas romanas del Derecho" ("ilus", "fas", "æquitas", etc.). En la "Parte general" estudia el sujeto de derecho y el negocio jurídico, y después son expuestos los derechos reales y la posesión, con lo que termina la materia asignada, cerrándose la obra con un índice alfabético minucioso.

En cuanto a su contenido, hemos de destacar, ante todo que, confor-

me acabamos de indicar, no se estudia en este volumen el procedimiento civil romano; y tenemos derecho a suponer que, siguiendo la sistemática más frecuente, se reserve este estudio para el final del tratado. Prescindiendo de la cuestión de fondo que este modo de ver entraña respecto de las instituciones romanas mismas, y del predominio posible de la acción sobre el derecho subjetivo en la época clásica de la jurisprudencia, estimamos que tal sistemática ha de ser perturbadora para el lector que por vez primera se interese por el Derecho romano; porque, naturalmente, el autor ha de hacer referencia constante a instituciones procesales que el lector desconoce; así, en la página 42, respecto a los remedios pretorios de las *actiones in factum*, *actiones ficticiae*, *exceptiones*, etc.; en las páginas 107 y 183, n-74, en cuanto a la *intentio* de la fórmula; en las 184, 190, 196 y 200, sobre los interdictos; en la 208, sobre las excepciones petitorias; y en la 123, relativa a la *litis contestatio*. Menos evitable, pero no menos perturbadora, es la referencia a conceptos e instituciones aún no conocidas del lector, en el curso de la exposición; así, la *coemptio* y el *testamentum per aes et libram*, en la página 114; la *actio negatoria*, en n. 226 de la página 146; el matrimonio *sine manu*, en la página 184, y la *deductio* en la n. 228 de la página 146. En alguna ocasión este inconveniente pudo hacerse salvado con facilidad; así, se habla de los efectos de las condiciones en el negocio jurídico, antes de haber explicado sus clases; y de la desaparición de las distintas modalidades de la propiedad, antes de haber expuesto éstas. En este mismo sentido, algunos conceptos como, por ejemplo, el de la *lex praedio dicta* (pág. 175) no son explicados.

Por lo demás, la exposición de los temas es siempre acertada; tan sólo discreparíamos en el concepto que Iglesias da de la *auctoritas*, considerándola como "la ayuda que debe prestar el enajenante al adquirente" en la transmisión de propiedad por *mancipatio*. Iglesias cita y conoce el reciente trabajo de Amirante "Il concetto unitario dell'*auctoritas*", publicado en *Studi solazzi*, 1948, p. 357 y ss.; y aun cuando en éste se prescinde de la *auctoritas* del Príncipe, que puede dar mucha luz sobre la verdadera esencia "unitaria" del concepto, su explicación del mismo como "poder jurídico", aun no pareciéndonos del todo exacto, lo creemos más admisible que el dado por Iglesias, afectado, a nuestro juicio, de un posible vicio de insuficiencia; es verdad que el propio Amirante explica la *auctoritas* como ayuda del enajenante en la *mancipatio*, pero la refiere siempre a su *potestas* sobre la cosa (v. pág. 379 del trabajo citado". Sólo así, en efecto, puede tener una explicación la famosa regla *aduersus hostem aeterna auctoritas esto* de las XII Tablas, VI, 4, es a saber: frente al extranjero, la *potestas* del propietario sobre su cosa es eterna, y no puede ser desvirtuada por la alegación de una *praescriptio*, porque el extranjero no puede adquirir la propiedad por posesión continuada; la misma explicación tiene la afirmación de Gellio, 17, 7, 1, *quod subriptomlerit, eius rei aeterna auctoritas esto*, referida a la *lex Atinia*; en cambio, partiendo de la idea de ayuda, la explicación que da Iglesias de la primera regla no nos parece del todo acertada, pues no puede concebirse que "el deber de prestar ayuda—*auctoritas*—no tenga límites de tiempo cuando el que pre-

tende usucapir es un extranjero" (pág. 153) y, en cambio, lo tenga cuando el adquirente sea ciudadano. Y aunque esta anomalía pueda explicarse—como Iglesias hace—por el hecho de que el extranjero no puede usucapir, tal explicación no satisface; en primer lugar, porque aun admitiéndola, se crearía una rara situación en la que el propietario se hallaría eternamente vinculado al extranjero por la obligación de prestarle ayuda; en segundo término, porque es difícil imaginar la hipótesis que hubiera determinado una posesión en el extranjero con fuerza vinculativa para el propietario, que originara esa obligación de prestar la *auctoritas*, ya que el extranjero no tenía acceso a la mancipatio (Gayo, 2, 65). Por eso, yo estimo que la regla de XII Tablas, VI, 4, tiene aplicación respecto del extranjero en el sentido de que la *potestas* del propietario sobre su cosa no cesa nunca frente a él.

Las demás observaciones que pudieran formularse a la obra de Iglesias son de poca entidad. Acaso se echa de menos un concepto de patrimonio; una alusión a la relación de la prenda y de la hipoteca con la categoría de las cosas muebles e inmuebles, sobre las que puedan recaer; una referencia, en la *mancipatio*, al famoso texto de las Instituciones justinianeas, 2, 1, 41, sobre el supuesto requisito del pago del precio para que la propiedad se transmita, y pocas cosas más...

Fuera de desear, sin embargo, que en futuras ediciones, Iglesias recogiera, ante la cita de los textos del Digesto, el nombre del jurisconsulto a que pertenecen, y que evitara, en armonía con el casticismo de su magnífico castellano, la utilización de palabras que o no tienen carácter ortodoxo (forzosidad, perdidoso, culmen, magistratual, especioso, etc.), o, aun teniéndolo (unimismar), no se hallan actualmente en uso.

Con estas breves y poco trascendentales observaciones, que quieren servir más de colaboración que de crítica negativa, podrá comprender el lector que la obra de Iglesias constituye una seria aportación al estudio del Derecho romano, y ya no sólo el estudiante universitario, sino el profesional maduro, podrá sacar de su lectura provechoso fruto y punzantes sugerencias, que, sin duda, confirmará en el segundo volumen, esperado con impaciencia.

Ursicino ALVAREZ SUAREZ

LAFAILLE, Héctor: "Derecho civil". Tomo VII. "Tratado de las obligaciones". Vol II. Buenos Aires, 1950. 591 páginas.

El nombre de Héctor Lafaille no es extraño para los juristas españoles, pero no es tan conocido entre nosotros como merece su señera personalidad en la doctrina argentina y lo considerable de su obra publicada. Por ello, será oportuno, con ocasión de dar cuenta de la publicación del quinto volumen de su magno Tratado de Derecho Civil, recordar en este ANUARIO los líneas generales de la vida y labor de este gran maestro del Derecho; aunque con el deseo y la esperanza de poder publicar en otra ocasión y con el debido detenimiento un especial estudio sobre la significación de Lafaille en la literatura jurídica hispano-americana.

Héctor Lafaille, aunque nació en Montevideo en 1883, vive en la Argentina desde 1886. Estudió en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (1901-1906), ha sido en la Facultad de Derecho profesor suplente de Derecho civil (1910-15), encargado del curso del Derecho civil (1925, 1932 y 1936), profesor titular de Derecho civil desde 1915, actualmente profesor honorario; miembro del Consejo Directivo de la Facultad y presidente de la Comisión de Enseñanza (1921-22, 1923-27, 1929 y 1931-36), director fundador del Instituto de Enseñanza Práctica (1922-40), delegado de la Facultad al Consejo Superior Universitario (1928-29, miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires desde 1932, profesor del Curso Superior de Perfeccionamiento para comisarios de Policía (1935), profesor de Introducción al Derecho (1910) y de Derecho civil (1911-20) en la Universidad Católica de Buenos Aires, miembro del Consejo Directivo de la misma. Integrante de la Comisión de Reformas al Código civil en representación de la Facultad de Derecho de Buenos Aires (1926-36) y de la Comisión redactora del Proyecto definitivo (1933-36). Miembro del Congreso de Ciencias Jurídicas y Sociales de Tucumán (1916), delegado de la Facultad de Derecho de Buenos Aires al II y III Congreso Universitario Anual (Buenos Aires 1925 y Córdoba 1926), vicepresidente de los Congresos de Derecho civil de Córdoba en 1927 y 1937, miembro de las Conferencias de Abogados de Córdoba (1926) y Mendoza (1933) y vicepresidente de la de Tucumán (1936). Presidente de la Sección Derecho civil del Instituto de Estudios Legislativos hasta 1950. Miembro de la Société de Legislation Comparée de París, desde 1926.

Ha publicado las siguientes obras: "La paz, base del progreso de las naciones sudamericanas" (1903); "Los contratos en el Derecho civil argentino" (1913), "Curso de Derechos Reales" (1923), "Curso de obligaciones" (1925), "Curso de contratos" (1927), "Derecho de familia" (1929), "Sucesiones" (1931), "La reforma del Código civil y el anteproyecto Bibiloni" (1933). "Tratado de Derecho civil": "Tratado de Derechos Reales", t. I (1943), II (1944) y III (1945), "Tratado de obligaciones", t. I (1947) y II (1950).

El volumen II del Tratado de las obligaciones, recientemente aparecido, trata de: las obligaciones incompletas y subordinadas (naturales, accesorias, interdependientes, modales); prestación determinada (cosas ciertas, de hacer y no hacer); indeterminación (objeto indeterminado, prestaciones conjuntas y disjuntas, alternativas y facultativas, obligaciones de género, cantidades de cosas, sumas de dinero; sujeto indeterminado); pluralidad de sujetos (conceptos generales; divisibilidad e indivisibilidad; solidaridad), y enriquecimiento sin causa.

El examen de cada una de estas materias se hace en general conforme a este sistema: una escueta referencia a los antecedentes históricos (nota histórica), comentario de las disposiciones del Código civil y legislación complementaria, legislación comparada y reformas a introducir en el Código civil argentino. En este último apartado se tiene en cuenta el proyecto de Bibiloni, se examina con detalle el proyecto de 1936 y se

mecogen las críticas que éste ha suscitado. La intervención personal y directa de Lafaille en el proyecto de 1936 hacen de especialísimo interés sus observaciones sobre el texto proyectado y las censuras que se le han dirigido por la doctrina posterior.

Bastarán estas breves indicaciones para que se advierta el valor de la obra reseñada. Imprescindible para quien quiera estudiar a fondo el Derecho civil argentino, es de necesario conocimiento para el especialista de Derecho comparado y será de gran utilidad para cualquier civilista, tanto por los interesantes puntos de vista del autor sobre tantas cuestiones de interés general, como por sus valiosas sugerencias sobre reforma legislativa.

F. de C.

MAZEAUD, Henri et León: "Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle". Tomo III, cuarta edición, 1179 págs. Librairie du Recueil Sirey. París, 1950.

Emprendida la cuarta edición de esta obra en 1947, con la publicación del tomo primero, seguido en 1949 del segundo, se termina ahora con la aparición del tercero. La obra es bien conocida por los especialistas, por lo que no necesita ser presentada: obra monumental en proporciones y en esencia, constituye el más completo tratado sobre responsabilidad civil, materia en la que es notoria la competencia de los civilistas franceses.

En este tomo tercero finaliza el capítulo VII de la obra, relativo al ejercicio de la acción de responsabilidad, y se contienen íntegros los capítulos VIII y IX. En el VIII, y bajo el epígrafe común "resultados de la acción de responsabilidad", se exponen en secciones sucesivas: 1.º Determinación de la fecha desde la cual la sentencia condenatoria produce efecto y nace el derecho a la reparación. 2.º Forma de la reparación: condena in natura; condena al equivalente (equivalentes no pecuniarios y pecuniarios: daños y perjuicios). 3.º Alcance de la reparación; evaluación de daños y perjuicios: fijación legal del importe de la reparación (evaluación "a forfait"; límites legales de la reparación; aumento de la misma: aplicaciones legales de la idea de pena privada); evaluación judicial de daños y perjuicios (influencia de la culpa del responsable y de la previsibilidad del daño; de la situación personal de la víctima, de la del responsable y del beneficio que representa para la víctima la reparación; valoración de perjuicios variables; ejecución provisional). 4.º Los gastos o costas. 5.º Los procedimientos de ejecución y apremio. 6.º Destino de la indemnización de daños y perjuicios. Y el capítulo IX, "convenciones de responsabilidad", se divide en dos amplias secciones: 1.ª Las cláusulas de no responsabilidad, de responsabilidad atenuada, de responsabilidad abreviada y las cláusulas penales. 2.ª Seguro de responsabilidad (relaciones entre asegurador y asegurado responsable; entre el asegurador del responsable y la víctima, y entre el asegurador y el autor de la culpa).

La nueva edición ve aumentada la ya enorme riqueza de bibliografía y jurisprudencia que presentaban las anteriores.

Queremos destacar algunos párrafos de la "conclusión" final de la obra (págs. 985-990):

A) *Inoportunidad de una reforma de conjunto.*—La obra del legislador y de la jurisprudencia—según los autores—merece ser aprobada en general. Los tribunales franceses han sabido encontrar en los textos las bases de un sistema armonioso y equitativo. Venciendo una a una las dificultades, teniendo en cuenta en cada caso los hechos y las necesidades prácticas, han llegado a soluciones encomiables en la mayoría de los problemas. Tales soluciones pueden ser fácilmente coordinadas y agrupadas. Nuestro Derecho—afirman los Mazeaud—posee así una sólida teoría de la responsabilidad civil. Pero ¿se trata de una teoría definitiva? En un momento de acelerada evolución social, no hay institución que pueda parecer definitiva. Merced a su agilidad, la obra legislativa y jurisprudencial acerca de la responsabilidad civil parece, sin embargo, tener muchos años de vida. Esa obra es el resultado de una larga experiencia y, por ello, el legislador debe descartar cualquier reforma de conjunto.

B) *La culpa.*—Debe guardarse, sobre todo, de alterar el fundamento tradicional de la responsabilidad civil. La culpa debe permanecer como requisito esencial del nacimiento de la obligación de indemnizar. La jurisprudencia francesa lo ha comprendido así. Y ha sabido, al propio tiempo, atemperar el rigor del principio de la necesidad de la culpa, bien mediante una interpretación racional de su noción—que, principalmente, ha hecho que aceptase la teoría del abuso del derecho y la culpa en la guarda—, bien mediante el juego de presunciones de responsabilidad. De este modo, al menos, la culpabilidad se ha conservado como regla. Suprimir la culpa, adoptar la teoría del riesgo como tesis general, tendría gravísimas consecuencias: multiplicar de manera indefinida los procesos de responsabilidad y paralizar quizá, o al menos entorpecer, el desarrollo de la vida social. La noción de culpa, noción esencialmente humana, adaptable a todas las transformaciones del medio, noción sabia y de buen sentido, es el freno necesario que todo legislador debe mantener. Puede admitirse que derogue el principio de la responsabilidad por culpa en algunas materias especiales y delimitadas perfectamente; pero en modo alguno suprimir del "Code" los artículos 1.382 y 1.383.

C) *Reformas parciales.*—Rechazada la posibilidad o conveniencia de una reforma de conjunto, ¿deben aconsejarse al menos ciertos retoques en puntos concretos? Algunas reformas deben ser evitadas: así, las que se refieran sólo a una categoría determinada de daños, caso, por ejemplo, de los causados por accidentes de automóvil. Siempre es malo legislar sobre casos determinados. Una ley bien hecha debe aplicarse a todos. Los Mazeaud se preguntan: ¿Si se promulga una ley sobre la responsabilidad de los conductores de vehículos automóviles, no deberá también redactarse un texto para los vehículos de tracción ani-

mal, y aun otro para los movidos por el propio hombre? Quién dice diversidad dice complejidad. No hay buena legislación, ni ciencia jurídica digna de tal nombre sin simplicidad, y, por tanto, unidad de principios. El Derecho romano es el mejor ejemplo. El legislador moderno, con demasiada frecuencia, tiende a la reformas parciales más fáciles de realizar; no merece felicitación por ello. Una intervención del legislador debería, pues, alcanzar a todo el problema de la responsabilidad de hecho de las cosas, no sólo a la cuestión planteada por los vehículos automóviles. Porque, además, según los Mazeaud, la jurisprudencia ha sabido encontrar en los textos del "Code" un sistema perfectamente adaptado a las necesidades actuales. ¿Cuáles son, pues, las reformas parciales conveniente? Los Mazeaud señalan, entre otras, las siguientes materias: a) Transporte gratuito; b) Colisión entre la culpa de la víctima y el hecho de un tercero; c) Responsabilidad delictual (extracontractual) y responsabilidad contractual. Conocida es la importancia de esta distinción en el Derecho francés. Cada una de esas clases de responsabilidad surge de fuente distinta, y está sometida a reglas diversas, si no en cuanto a sus condiciones constitutivas, sí respecto a sus efectos. ¿Conviene unificarlas? Su distinto origen, ¿es motivo bastante para someterlas a reglas dispares? ¿No sería deseable unificarlas, especialmente, en lo que concierne a la solidaridad, la no necesidad de imputación ("mise en demeure" del artículo 1.146, "Code") y la reparación del perjuicio imprevisible? Los autores se inclinan decididamente por la respuesta afirmativa; d) Responsabilidad civil y Derecho penal. Muchas dificultades desaparecerían también si se rompieran los últimos lazos que unen la responsabilidad civil con la responsabilidad penal; e) Seguro de responsabilidad. También en esta materia convendrían ciertas reformas: determinación exacta del derecho de la víctima contra el asegurador del responsable; establecer un procedimiento concursal respecto a la indemnización del seguro, caso de pluralidad de víctimas; prohibición del seguro integral de responsabilidad, etc., etc.

Andrés de la OLIVA DE CASTRO
Prof. adjunto de Derecho civil.

MENENDEZ PIDAL, Juan (magistrado inspector general de las Magistraturas del Trabajo): "Derecho Procesal Social". Segunda edición, aumentada y puesta al día. Editorial "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1950.

La segunda edición del "Derecho Procesal Social", de D. Juan Menéndez Pidal y de Montes, es obra que no puede faltar a quien por razón de su profesión tenga algún roce con la Administración de Justicia en la Jurisdicción Laboral.

El Derecho Procesal Social, como todo el Derecho Social, está aún en gestación y todavía no se ha llegado por el legislador a dictar una Ley de Enjuiciamiento Laboral en que se recojan con carácter permanente los preceptos que norman la actuación de las partes y los Tribu-

nales de Justicia cuando en la vía contenciosa se planteen conflictos laborales; de ahí la dificultad de dar a la imprenta un tratado completo de Derecho Procesal Social, abordando con la debida amplitud y minuciosidad los problemas teóricos y prácticos que surgen en juicio de trabajo, y la constante de ponerlo al día una vez logrado; hace falta para ello, aparte de la sólida formación doctrinal que supone el empeño de producir una obra de carácter general, un contacto diario con los problemas que surgen en los litigios de trabajo.

Menéndez Pidal, que en múltiples monografías, aparecidas en diversas publicaciones jurídicas, nos había mostrado sus inquietudes en el campo del Proceso del Trabajo, aborda en 1947 la tarea de escribir un "Derecho Procesal Social" y surge una obra que no dudamos de calificar como única hasta la fecha. El público acogió tal obra con verdadero entusiasmo, y puede decirse sin exagerar que no hay en España Magistratura del Trabajo, ni Asesoría Jurídica de Sindicato o Empresa en cuya biblioteca no se encuentre en lugar destacado el libro de Menéndez Pidal; en él encuentra el estudioso enfocados con ponderación y detalle los problemas que en la práctica puedan surgir. El autor es hombre de sólida formación teórica (últimamente ha sido recibido como miembro en el Instituto de Derecho Procesal), y, por otro lado, pasó largos años en una Magistratura de Trabajo, y de tal conjunción de doctrina y práctica ha nacido su "Derecho Procesal Social" que tanto nos facilita la labor a los que por vocación y por deber administramos la Justicia del Trabajo.

Agotada rápidamente la primera edición de la obra, sale a la luz una nueva en la que, siguiendo la misma trayectoria que inspiró la primera, se recogen las importantísimas reformas últimamente introducidas en el Proceso Social.

Pero no se limita Menéndez Pidal en esta nueva edición a poner al día la Legislación y la Jurisprudencia de la anterior, sino que nos da un Derecho Procesal Social nuevamente elaborado; sigue, claro es, el mismo plan de división en capítulos que en la primera edición, pero muchos de ellos (v. gr.: en el primero de la Tercera Parte, al hablar del lanzamiento de porteros) aporta nuevos argumentos que refuerzan sus tesis (si bien nuevas normas recopiladas en el apéndice la contradicen en ese caso). Recogiendo la última palabra de cuanto la Doctrina y Jurisprudencia señalan en los distintos problemas, aborda éstos con una ponderación y minucia que asombran al lector. Más que ante una segunda edición estamos ante una refundición de la anterior.

En definitiva, en esta segunda edición hay dos clases de innovaciones: unas, debidas a lo inestable de la Legislación del Trabajo, que hace tan difícil su codificación y deja tan pronto anticuadas las obras sobre la misma y otras, debidas a que el autor sigue meditando sobre las cuestiones que plantea, y nos da cuenta en letras de molde de sus elaboraciones. Por ello, la obra que nos ocupa (cual ocurre con la primera edición) no es simplemente práctica y de oportunidad, aunque a ello se limita, según el Prólogo, el propósito del autor. Es corriente en la literatura sobre el

Derecho del Trabajo que al aparecer una disposición que cambie el Derecho vigente surja inmediatamente una serie de obras sin otro valor que el de la simple divulgación; no está en tal caso la de Menéndez Pidal, sino que dejará huella en los estudios procesales, y por mucho tiempo que transcurra tendrá que ser tenida en cuenta por el que pretenda estudiar el aspecto procesal del Derecho de Trabajo; la obra que nos ocupa, tanto en su primera edición como en esta segunda, es un hito que señala con recios trazos el progreso logrado en los estudios sobre el Proceso Social.

Como la Legislación del Trabajo varía constantemente, ha sido preciso a Menéndez Pidal añadir unos apéndices para recoger las disposiciones complementarias y modificativas de las citadas en el texto; ello es tributo obligado a la fluidez del Derecho Laboral, y en toda obra de cierta envergadura no puede menos de seguirse este sistema si se quiere aludir a la Legislación vigente hasta el último momento.

No entramos en el examen detallado del índice de la obra, que como ya hemos dicho se ajusta al de la primera edición de la misma de que se dió cuenta oportunamente en el Anuario.

Falta, a nuestro juicio, al lado del de autores, un índice general alfabético de materias que facilitaría las consultas.

Auguramos al autor un gran éxito editorial con el libro objeto de esta reseña, que tipográficamente está bien presentado, mejor que en su primera edición.

José María A. DE MIRANDA
Magistrado de Trabajo.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES.—Dirección General de Relaciones Culturales: "Índice Cultural español". Núm. 62, 1.º de marzo de 1951.

No podemos ya seguir silenciando, aunque no guarde inmediata relación con las materias que tradicionalmente ocupan esta revista, el "Índice Cultural español", publicado por la Dirección General de Relaciones Culturales del Ministerio de Asuntos Exteriores, y que periódicamente, cada mes, reúne en páginas editadas primorosamente, todo el movimiento cultural. Su sumario comprende: Teología, Filosofía, Estudios bíblicos, Estudios eclesiásticos, Derecho, Economía, Sociología y Política, Letras, Historia, Geografía, Medicina, Ciencias y Técnica, Artes Plásticas, Música y Noticias de Hispanoamérica y otros países. Respecto a cada una de estas disciplinas, recoge la constitución de sociedades de tipo cultural, actos académicos celebrados, conferencias pronunciadas, libros y revistas aparecidos, dando, respecto a estas últimas y a los primeros, cuenta del sumario de cada uno de los mismos.

El éxito de tal publicación viene garantizado por la sola circunstancia de que constantemente se precise aumentar su tirada, debiendo destacar que, aparte de su versión española, es publicado en la mayoría de las lenguas vivas actuales, por lo cual, además de constituir una infor-

mación imprescindible para todo aquel que ha consagrado su actividad a las tareas intelectuales, constituye un "índice" de la constante superación y desarrollo de la cultura hispana.

J. H. C.

PACE, Salvatore: "Contratti agrari consuetudinari della Sicilia sud-orientale". Milano. Dott. A. Giuffré, editore. 1950; 20 págs.

El estudio del especial régimen jurídico de la tierra en las provincias de la Italia meridional cobra actualidad y renovado interés en momentos, como el presente, en que los fines perseguidos con la proyectada reforma agraria habrán de conjugar técnicas de muy diversos campos.

Por ello, el conocimiento del vigente ordenamiento agrario siciliano, en gran medida asentado sobre viejas costumbres, forjadas al socaire de las exigencias de cultivos diversos, ampliamente matizadas por las condiciones ambientales locales y, tantas veces, desconcertantes por la pervivencia de residuos de otras épocas, no podrá en ningún caso relegarse a un segundo plano, ni mucho menos olvidarse.

Aparece, pues, oportunamente este estudio del Dott. Salvatore Pace, ya que los importantes trabajos sobre las costumbres sicilianas, iniciados alrededor de 1860 por Vito La Mantia, se refieren tan sólo a las costumbres ciudadanas. Exceptuados los trabajos de Garufi, eran escasísimas las referencias escritas sobre costumbres agrarias sicilianas.

Las referencias del autor a los tres contratos asociativos vivos todavía en la región Sud-Oriental de Sicilia, revelan perspicaz visión jurídica de los problemas y directo conocimiento de las condiciones en que se plantean.

Característico contrato agrario de participación, de antiguo origen, el contrato de *paraspuolo*, media entre el concedente, poseedor de un fundo determinado y el *paraspularu*, agricultor y cultivador directo. Objeto del contrato es el trabajo de este último y, excepcionalmente, el de asalariados pagados por él, dirigido a obtener del fundo el producto que el estado actual de éste permite. De una normal duración de dos años, suele ser un contrato verbal que se extingue al final de la recolección del segundo año. Obligación principal del concedente es la de conferir el derecho de sembrar el fundo y a él corresponde teóricamente la dirección de los trabajos.

Para el Dott. Pace la *metateria* es un puro contrato de locación de terreno, fundado en una directa participación del trabajador campesino en la producción agrícola, entrando en la categoría de contratos que el Código civil regula bajo el nombre de "colonia parziaria" (arts. 2.164 y siguientes).

Son partes contratantes el concertante (*patruni*), que se obliga en calidad de propietario del fundo, y el concesionario (*mitatieri*), que se obliga como persona y no como exponente de un determinado núcleo familiar a hacer directamente o por medio de otros.

Obligación principal del concedente es la de conferir el uso del fundo

en condiciones de normal productividad, así como conceder los medios necesarios para la elaboración y conservación de los productos y proporcionar habitación al concesionario y a sus braceros. Obligaciones del metatiere son el cultivo del fundo y la elaboración y transporte del producto. La división de los frutos es por partes iguales y la duración por períodos preestablecidos o anuales, con tácita renovación.

En cuanto al "contrato por veintinueve años" es considerado por el autor como un típico contrato "ad meliorandum", que tiene por objeto cultivos cuya implantación exige trabajos extraordinarios y cuyo disfrute se continúa con una duración relativamente larga. Se distingue solamente de la metateria por el modo de participación de los primeros años y se utiliza especialmente para la explotación de los viñedos.

La calidad de la tierra es de decisiva importancia para la determinación de la participación en los gastos y en las utilidades de los primeros años, y hoy el término de veintinueve años existe solamente como resto del pasado, quedando casi siempre reducido a diecinueve años, quizás, dice el autor, por la menor longevidad de la viña americana.

E. VERDERA

PEREZ SERRANO, Nicolás: "El Derecho civil y los ricos". Publicaciones de la Academia Valenciana de Juri-prudencia y Legislación. Valencia, 1950.

La Academia Valenciana nos ofrece ahora en su cuaderno núm. 25 la conferencia pronunciada por el profesor Pérez Serrano en el Colegio de Abogados de la ciudad levantina el 30 de mayo último.

Una conferencia en la que el ilustre maestro hace gala de su dominio de ese género literario harto difícil, como él mismo nos indica, porque la conferencia ha de tener una longitud, una latitud y hasta una profundidad determinadas.

Ya me atrevería a indicar también que lo decisivo en estos trances es tener algo que decir, algo de interés para los que escuchan y para los que no se hallan presentes, a quienes podamos contar lo que el conferenciante expuso—su tesis, su posición—y, lo que no reviste pequeña importancia, el tono en que lo dijo para hacerse entender y para llamar la atención de todos en orden a conseguir un objetivo.

Pérez Serrano ha sabido, una vez más, en esta ocasión despertar interés: por el título mismo de su conferencia, que nos sugiere ya la pretensión crítica de una corriente muy extendida en nuestro mundo jurídico; por el tratamiento de la materia, que lleva por cauces de crítica ponderada sobre conceptos técnicos rigurosos expuestos con nitidez; y por sus reflexiones finales, muy propias de quien puede, con autoridad, dar una voz de alarma ante las realidades jurídicas que sólo es capaz de apreciar el hombre de Derecho que las observa a diario tras la lente poderosa de una preparación privilegiada.

Hacia finales del XIX, Antón Menger lanza una vigorosa protesta contra el sistema de los Códigos civiles burgueses en "El Derecho civil"

y los pobres". Y tenía razón porque, a sus ojos, los legisladores habían partido de una idea equivocada acerca de la respectiva potencialidad de las diversas clases sociales existentes, con un criterio injusto a favor de las clases ricas, y con daño, por tanto, para las demás.

En su revisión de la realidad actual, Pérez Serrano llega a conclusiones contrarias. Y tiene también razón: con acierto advierte—con elegancia, en tono mesurado, con gracejo—que quizá pueda estimarse que en las nuevas singladuras haya habido exceso en el viraje que se imprimió a la navegación".

Nos habla de los ricos como víctimas de ahora. De los ricos, en los que incluye, no sólo a los plutócratas, sino a todos los que integran el grupo amplio de los que llama "no-pobres", por no alcanzarles el título de obreros manuales o proletarios: hombres de profesiones liberales, funcionarios y comerciantes; también la clase media, a pesar de que se encuentra en situación harto más triste que la de los pobres oficialmente consagrados por la ley.

Es el suyo, como se ve, un concepto—el de pobres y ricos—limpiamente jurídico en consonancia con el tema que examina.

Tras advertir que el fenómeno reviste gran alcance, por constituir una nueva concepción del mundo y de la vida, que impregna por doquier el movimiento acelerado de reforma en los antes tranquilos territorios del Derecho privado, estudia la evolución en materia de propiedad, el nuevo sesgo de los contratos, el ordenamiento familiar (que ofrece una consoladora excepción en nuestra patria) y el régimen sucesorio.

La expropiación con justiprecio discutible, la disminución del señorio en el derecho dominical, el olvido de la autonomía contractual y el estímulo a la inejecución de lo pactado, la relajación de los vínculos familiares, los agobios fiscales en las sucesiones "mortis causa" y la multitud de normas innovadoras que sirven de base a esos fenómenos, son expuestos por el profesor Pérez Serrano en una síntesis muy lograda.

El nuevo giro del Derecho civil repercute, sobre todo, en los "ricos": son ellos los que suelen ostentar la cualidad de propietarios, son los que normalmente aparecen como acreedores, son los que perpetúan en una familia tradiciones y aun prejuicios; son ellos, nos dice finalmente, los que reciben por vía de herencia un caudal de bienes, junto a un depósito de recuerdos eficientes.

Y si es cierto que surgen nuevos valores, no lo es menos que el ánimo se apesadumbra, inevitablemente, al comprobar el eclipse definitivo de instituciones que representaban algo de nuestro propio ser.

Enhorabuena que se mejore la condición de las clases humildes, de los "pobres", pero triste sería—por sus graves consecuencias—que ese movimiento ascensional de los más modestos se lograra a costa de una proletarización general, de la homogeneización de lo que es, y debe seguir siendo, heterógeno.

Bueno está—y nadie se queje—el mejoramiento de los "pobres", pero sin que por ello desaparezcan los "ricos".

Y aquí está la tesis del profesor Pérez Serrano:

Si el mundo no ha conocido en realidad, como escribió Bryce, más que una forma de gobierno—el gobierno de los pocos—, se hace necesario mantener o crear, con permeabilidad en los estratos sociales correspondientes, una capa o clase que sirva de manantial o depósito, del que puedan extraerse los gobernantes futuros.

Favorecer a los "pobres", pero sin arrancar a los "ricos" sus *privilegios*. Son ellos—los "ricos"—los llamados a gobernar, como minoría selecta, y por eso hay que respetarles un *status*, un sistema de estímulos que les mueva eficazmente a pechar con la corbea que su propia posición reclama. Porque puede ocurrir que rebasado el límite de lo objetivamente admisible, llegue un momento en que nadie quiera ocupar posición fuertemente lastrada con cargas o responsabilidades—las propias de la función de gobierno—e insuficientemente dotada de consideraciones y ventajas compensatorias.

Pérez Serrano levanta bandera contra el achatamiento igualitario de la vida por la amenaza que envuelve de barrer para siempre las diferencias de las clases sociales, sin la cual se hace imposible disponer de un adecuado material humano a quien encomendar la función de gobierno, gloriosa en su apariencia externa, pero terriblemente áspera en su función diaria.

Esta es la doctrina. La buena doctrina, aunque la defensa del rico suele ser poco simpática, como dice con nobleza el profesor Pérez Serrano, del que hemos querido ser, desde nuestra Revista, un modesto altavoz que contribuya a difundir sus cordiales y certeras enseñanzas.

A. de FUENMAYOR

PINTO COELHO, José Gabriel: "Operações de Banco, II (Apertura de crédito)". Coimbra, 1950.

Continuando el estudio de las diferentes operaciones bancarias (1), el ilustre catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Lisboa, nos ofrece ahora un nuevo fascículo dedicado a la apertura de crédito.

Tras de precisar los diversos sentidos en que la expresión se emplea en el lenguaje bancario, el Prof. Pinto Coelho se refiere a la verdadera y propia apertura de crédito, que define como la operación por la cual el Banco se obliga a suministrar capitales a su cliente hasta el límite de cierta cuantía y dentro de cierto período de tiempo.

Acertadamente descubre el A., en las diversas modalidades del contrato—que al final son diferentes formas de utilización del crédito—un elemento característico general: "poner a disposición" del cliente una cuantía determinada.

Completan estas nociones generales, objeto del primer capítulo, unas

(1) Vide en este ANUARIO, t. II, fasc. 1, págs. 173-176, nuestra recensión al primer fascículo (*Depósito bancario*) de la obra.

sencillas consideraciones sobre la apertura de crédito en cuenta corriente, precisándose que nada tiene que ver con el contrato de cuenta corriente: es apenas una forma externa de contabilizar la operación, que no arrastra consigo la aplicación de las normas de fondo pertinentes a aquel contrato. Y, por último, el A. nos pinta con seguras pinceladas la configuración económica de la apertura de crédito: ventajas que ofrece al acreditado la apertura de crédito como negocio de seguridad ("Sicherungsgeschäft"), interés que presenta para el acreditante y efectos inmediatos que para el mismo derivan de la operación.

Según el Prof. Pinto Coelho, la operación, vinculando al acreditante (Banco), atribuye normalmente al acreditado una simple facultad. Sin embargo, puede estipularse la obligatoriedad de la utilización del crédito. Así, se aparta de la doctrina de Messineo en cuanto a la existencia de la obligación de utilización (que la hace depender de la ausencia de comisión), moviéndose con mayor libertad de criterio.

El capítulo más interesante es, sin duda, el segundo, dedicado al estudio de la fisonomía jurídica de la operación.

Comienza el A. definiendo la apertura de crédito como contrato consensual. Las prestaciones que de él derivan (el llamado "acreditamiento" y la comisión de apertura de crédito) forman el contenido jurídico propio del negocio. Su perfección es independiente de la existencia de levantamientos a cuenta del crédito.

El problema más delicado que suscita la definición de la naturaleza jurídica de la operación es el de las relaciones que existen entre los levantamientos de fondos y el contrato de apertura de crédito. A tal respecto se han formulado diversas teorías. De todas ellas se ocupa el Prof. Pinto Coelho, exponiéndolas primero clara y brevemente y realizando después su apreciación crítica.

Abandonada la primitiva y anticuada concepción de la apertura de crédito como contrato *real* de préstamo o mutuo (Lyón-Caen y Renault y Thaller), muy pronto ganó fortuna entre los comercialistas la teoría que configura los levantamientos de fondos como simple ejecución del contrato. En efecto, los levantamientos—cuando los haya—no pueden dejar de encuadrarse en la fase ejecutiva del contrato. El A. pone muy bien de relieve la necesidad lógica de tal conclusión en la doctrina que considera esos levantamientos como efecto directo del contrato de apertura de crédito.

Según Messineo, uno de los autores que con más vigor ha sostenido la tesis del contrato autónomo y definitivo, los actos de utilización no implican nuevo acuerdo entre acreditante y acreditado: se realizarían "solvendi causa", en cumplimiento o ejecución del propio contrato de apertura de crédito, y no "credendi causa" o como elemento de formación de un nuevo contrato de mutuo.

Ahora bien; si ello es así—contesta el A.—, si los actos de levantamiento se apoyan en el contrato de apertura de crédito, considerándolos como efecto suyo, no parece razonable dentro de tal concepción circunscribir al acreditamiento y al pago de la comisión la ejecución específica del contrato en vista.

Por eso algunos autores, como Coviello, explican el contrato de apertura de crédito recurriendo al concepto de contrato preliminar, atribuyéndole, de esta suerte, una función meramente instrumental, simplemente preparatoria de los sucesivos actos de utilización, que representarían nuevos contratos o actos jurídicos: los actos definitivos o principales previstos o desencadenados por el contrato preliminar. La apertura de crédito se configuraría de este modo como simple obligación consistente en un "fare" o promesa de subsiguientes negocios jurídicos.

El A. muestra simpatía por esta doctrina, que revela de forma clara la estructura jurídica de la operación, analizando seguidamente las consecuencias prácticas de la adopción de una u otra teoría (contrato definitivo y contrato preliminar) en cuanto a la falta de cumplimiento de la obligación por parte del acreditante, en cuanto al problema de la ejecución del contrato y en cuanto a los límites legales de intereses y comisiones.

La doctrina del precontrato, además de ser la más correcta y adecuada para solucionar los diversos conflictos de intereses existentes entre acreditante y acreditado, cuenta en Portugal con una expresa consagración jurisprudencial.

Sin embargo, el Prof. Pinto Coelho no podía dejar de ocuparse de las modernas reacciones legales y doctrinales contrarias a la teoría del contrato preliminar (Código civil italiano de 1942 y tesis de Messineo y, especialmente, Greco que configura la apertura de crédito como un "préstamo consensual"). A esta interesante construcción—que precisamente corresponde al punto de vista en que por algún tiempo se colocó el prestigioso "lente" de Coimbra y Lisboa—opone que responde a un concepto muy restringido de la apertura de crédito (utilización mediante abonos de dinero directamente hechos por el acreditante al acreditado o a tercero de su cuenta y orden), siendo manifiestamente impropio para explicar aquellos casos en que la utilización del crédito importa la realización de verdaderos actos jurídicos subsiguientes, que implican nueva prestación de consentimiento.

Por otra parte, si, en virtud del contrato, el acreditante asumiese la obligación de entregar ulteriormente al acreditado la importancia del crédito (préstamo consensual), habría inejecución o falta de cumplimiento del contrato, aun sin culpa del acreditante, siempre que el acreditado no reclamara la cantidad empréstita.

A juicio del Prof. Pinto Coelho, sólo con la figura de la condición potestativa "a parte creditoris" sería posible explicar la no utilización del crédito, que es una situación normal en el contrato de apertura. Pero entonces éste se convertiría en un préstamo cuya eficacia depende del no advenimiento de la condición; y la práctica bancaria demuestra que el contrato no deja nunca de ser perfecto y eficaz "ab initio".

Por todo ello, el A. se adhiere definitivamente a la doctrina del contrato preparatorio preliminar, no sin antes responder a las principales objeciones formuladas contra esta tesis. Esto le proporciona la ocasión de perfilar mejor su postura personal, que constituye una notable contribu-

ción a la teoría avanzada con ciertas reservas por el gran Coviello, reafirmando así de forma abierta y decidida.

Todas las objeciones a la doctrina del contrato preliminar se desenvuelven alrededor de un concepto demasiado estrecho de la figura: el A. entiende que es admisible el pacto unilateral "de contrahendo", que puede hacer referencia a la realización de diversos actos jurídicos—unilaterales o bilaterales—subordinados a cierto fin (en nuestro caso "poner a disposición" del cliente determinada suma) y que la obligación que emerge del mismo puede quedar subordinada a una condición potestativa por parte del promisorio.

El valioso trabajo del Prof. Pinto Coelho abarca aún el objeto de la apertura de crédito, examinándose con tal motivo las diversas cuestiones referentes a la apertura de crédito en moneda extranjera, de tan alto interés en los negocios del tráfico internacional, la apertura de crédito con garantía y forma del contrato. Es decir, toda la compleja problemática de esta frecuente operación de la vida comercial.

En sucesivos fascículos el A. se propone completar la exposición de las restantes operaciones bancarias. El feliz criterio seguido en los dos hasta ahora publicados hace presagiar el buen éxito de esta colección de estudios de Derecho bancario, que vendrá a constituir un verdadero Tratado teórico-práctico, de utilísima consulta no sólo para juristas y abogados, sino también para los hombres de negocios.

Felicitemos una vez más al Prof. Pinto Coelho, rindiendo sentido homenaje a su fecunda labor como insigne maestro universitario y fino prudente del Derecho.

Juan Bautista JORDANO

ROGNOLI, Emilio: *L'Usufrutto dei Boschi*". Milano, 1950.

El Instituto de Derecho Agrario de la Universidad de Roma, dirigido por el profesor Fulvio Maroi, cuenta ya nueve publicaciones monográficas, a cual más interesante. De acuerdo con las directrices del ilustre profesor (1), se trata en ellas de recoger el Derecho Agrario vivo (2), de profundizar en su historia (3) o de comentar, en fin, las normas nuevas del Código civil, como en el caso de la monografía a que nos vamos a referir.

Emilio Romagnoli, más que un estudio completo de todos los problemas y matices que ofrece el usufructo de los bosques, especialmente difíciles por la dificultad que presenta la distinción de capital y rédito, sus-

(1) "Un verdadero sistema de Derecho agrario no se puede concebir fuera de la historia: la norma jurídica-agraria, desde su forma primordial de expresión hasta nuestros días, a través de sus vicisitudes y diversidad no tiene solución de continuidad *Lezioni di Diritto agrario*, Roma, 1946 (Dispense Universitarie Juminelli), pág. 2, y en otro lugar de la misma obra, pág. 7, "...en el Derecho agrario ha sido más rica la aportación de las diversas culturas regionales, custodias de remotas costumbres, de tenaces tradiciones".

(2) *Il contratto di paseipasiole nella Campagna romana*, Castellini, Milano, 1950.

(3) *L'usufrutto del qsegge studio storico dogmatico*, Palluchini, Milano, 1940.

tancia y fruto, se refiere al principio que haya presidido la nueva reglamentación del Instituto en el *Codice* de 1942, con lo que se tendrá la base para poder resolverlos adecuadamente.

De acuerdo con la técnica corriente en la doctrina italiana, no deja de trazar, ante todo, un utilísimo cuadro de la evolución histórica de tal principio o criterio, a partir del Derecho Romano, siguiéndolo después a través de la Glosa. Elogia la solución romana del problema teniendo en cuenta el atraso de la técnica forestal a la sazón. En él se sientan dos criterios fundamentales para la materia, el de "salva terum sententia" y el que atribuye al usufructuario "quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest" con el límite de gozar "boni viri arbitratu", sabia fórmula flexible que resuelve la dificultad clásica del usufructo de bosques: cómo deba salvaguardarse el capital productivo.

En el Derecho intermedio la cuestión se complica: una variedad de criterios aparecidos en él explicarán las tendencias y diversidad de los Derechos modernos; el destino económico, el *arbitrium boni viri*, la práctica de la región, la práctica del precedente propietario...

Romagnoli, después de analizarlos con fino sentido crítico, se adhiere a las ideas del Cardenal De Luca, para quien es decisivo el destino principal, pero tolerando otros destinos secundarios dados al bosque.

Saltando de la Glosa al Derecho Moderno, comienza por estudiar las normas del Código de 1865. Estas se apoyan en el criterio de la práctica del anterior propietario, y en una rígida limitación del goce del usufructuario. Tal Código, como su inspirador francés, no tuvieron en cuenta al proceder así, dice el autor, ni los progresos de la técnica, ni los del pensamiento jurídico de su tiempo.

El nuevo Código civil innova profundamente la materia, fundamentalmente al sustituir el criterio de la práctica de los anteriores propietarios por el de la práctica de la región. Asimismo, constituye un mérito del nuevo legislador haber abierto el camino al esclarecimiento de los conceptos de capital y rédito con la introducción del criterio del período productivo, siguiendo a Venezian que ha sido quien ha preparado doctrinalmente la reforma. Por lo demás, debe considerarse que el criterio del destino económico tiene ahora una función preponderante en la materia de usufructo de bosques.

Romagnoli hace un detenido examen crítico de las normas del Código, especialmente del criterio de la práctica de la región, para lo que utiliza el Derecho comparado, contemplando los sistemas más importantes extranjeros, entre ellos el español, al que se refiere brevemente, terminando por elogiar "in via di massima" la reforma de 1942 en las normas relativas a esta clase de usufructo.

El libro del joven jurista, profesor auxiliar de la Facultad de Roma, es, en suma, un estudio seriamente elaborado de una cuestión difícil. Rico de bibliografía, bien que limitada a la italiana y francesa; abundante en textos clásicos, siempre manejados con soltura, debiera tal vez referirse más concretamente aún al aspecto técnico de la cuestión, aportando el punto de vista de la Selvicultura en cuanto a sistemas de aprovechamien-

to forestal. No hubiera estado de más, tampoco, una referencia al aspecto de Derecho administrativo de la materia, si bien reconocemos que el trabajo no ha querido ser un estudio agotador. Hubiera sido muy útil para nosotros, en fin, que el autor, con sus bien probadas dotes de crítico, hubiese profundizado en el examen de los textos de nuestro Código, dado su indudable parentesco con el Code Napoleón y el italiano de 1865.

Alberto BALLARIN MARCIAL

SAAVEDRA. María Josefa: "Régimen Jurídico de la Menor Edad en Bolivia". Publicaciones de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Andrés. La Paz, 1950; 119 páginas.

En este volumen integra su autora—Catedrático de Derecho romano de la Universidad editora y Directora Nacional de Menores—un conjunto de "estudios, informes, proyectos de ley y legislación", según reza el subtítulo.

El contenido de la obra no responde al del título, sino que lo excede, ya que no se limita a la exposición estricta de las normas jurídicas. Presenta también informes, estadísticas, formularios, etc. de carácter administrativo y el contenido de algunos trabajos más que puramente jurídico es de tipo ético y social. Aun reducidos a lo jurídico, la colección incluye todas las leyes que se refieren a menores. Prescindimos, por ello, de la parte que parece objeto de mayor preocupación para la autora: las normas de tipo penal, aun cuando subrayando su alcance no represivo, sino de protección infantil. Al Derecho civil interesan, aparte los preceptos sobre matrimonio, familia y personas del Código civil boliviano, algunas otras normas encuadradas en leyes especiales y principios insertos en declaraciones e informes, a los que nos vamos a referir.

La primera parte del libro está ocupada por una "Declaración de derechos del niño", proposición boliviana presentada a la III Asamblea General de Asistencia social de la O. N. U., reunida el 6 de abril de 1950 en Nueva York. La constituye una serie de epígrafes que enuncian derechos naturales del niño, seguidos de aclaraciones que desenvuelven la idea en forma insinuante: derecho de nacer sano; de conocer a sus padres; a la protección de la salud y crecimiento; a su educación integral; a una protección legal eficaz; a no ser explotado; a la defensa de sus atributos físicos, morales y espirituales en la infancia y en la juventud; a una vida feliz en un hogar respetable; a la democracia en la igualdad de sus oportunidades. El solo enunciado de los derechos programatizados puede mostrar que unos rayan la utopía y otros tienen escaso valor jurídico por referirse a cuestiones sociales, políticas o de sanidad. Todos tienen un mero alcance de recomendación. Pero alcanzan aún los más evidentes, una mayor concreción o claridad al ser expuestos en una, más o menos discutible, síntesis sistemática. Subrayamos desde nuestro punto de vista el que señala el deber de alimentos a los hijos, la necesidad de crear un procedimiento más rápido para la sanción judicial de los mismos

y la creación de un crédito de alimentos provisorio, mientras se tramita el juicio. El que señala la necesidad de que el producto del trabajo de los menores no redunde en provecho de los padres, sino que constituya una base de formación por el ahorro de su patrimonio propio, que recuerda el peculio cuasi-castrense romano y el artículo 160 de nuestro Código civil. El que señala la condenación del concubinato y la creación de la adopción y de la legitimación adoptiva o prohijamiento.

Sigue, en el orden de materias del libro, un estudio de la autora sobre la "Minoría Penal" y un informe de la O. N. U. en base a la encuesta absuelta por la Dirección Nacional de Menores de 1949 sobre la delincuencia infantil de la República de Bolivia en el que, bajo la rúbrica de "Obra jurídica" se examinan las normas sobre el juicio de alimentos, sobre la investigación de la paternidad, la adopción, la tutela y el reconocimiento de hijos naturales con la intervención como coadyuvante del menor de la Dirección Nacional. Advierte las faltas de la legislación boliviana: la de una ley de estado civil y la de una adecuada organización del Registro civil.

La parte más extensa la ocupa un proyecto de ley sobre la protección a la infancia en la República de Bolivia, obra de la autora, que acompaña a cada artículo un extenso comentario. Destacan en ella la institución y competencia de los Tribunales Tutelares de Menores, su procedimiento y funciones, las medidas que pueden adoptar y la ejecución de las mismas. Entre ellas destacan las "colocaciones" que pueden tener lugar en establecimientos públicos o en industrias de particulares que, bajo determinadas condiciones, albergan al menor en su casa y lo alimentan, sujetando la institución a una serie de normas de tipo económico y a una inspección de estos "mantenedores", nombre que se les da en el Proyecto. Trata del peculio de los menores y de la obligación alimenticia de los padres y parientes, que no cesa por hallarse aquellos bajo la protección de un Tribunal Tutelar. Finalmente se ocupa la ley de la destitución de la patria potestad, destacando sus elementos personales, las causas para la destitución y sus efectos jurídicos, con el consiguiente comentario.

La parte final del libro está dedicada a la legislación sobre menores, en la que interesan al Derecho privado las normas sobre familia de la Constitución boliviana de 1947, las normas del Código civil sobre personas, matrimonio y familia y la ley del divorcio absoluto de 15 de abril de 1932.

José María DESANTES GUANTER

TERRAZA MARTORELL, José: "Modificación y Resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la Cláusula rebus sic stantibus". Bosch. Barcelona, 1951; 182 págs.

Comienza analizando en el Capítulo I el concepto jurídico de causa que según la teoría clásica radica en la finalidad típica del tráfico jurídico, pero que no debe ser confundida con los motivos que constituyen la preparación mental de la misma y que no son tomados en cuenta por el De-

recho. Expone a continuación el concepto moderno de causa, señala su diferencia con el objeto del negocio, afirma que la equivalencia* de las prestaciones constituye un presupuesto de la causa y que ésta debe ser considerada no solamente en el momento de la perfección del contrato, sino también en la fase del cumplimiento del mismo. Examina los supuestos de falta de causa tanto originaria como sobrevinida posteriormente. Dedicó su atención al sentido de la causa según la doctrina alemana representada por Fitting con su teoría de sentido económico; Lotmar, que formula el doble principio de fundamento y fin; Karlowa, con su tesis del fin substancial; Dernburg, que niega el aspecto económico de la causa; Winscheid, manteniendo qué causa es la finalidad primera perseguida, etc., y por su parte el autor del libro que reseñamos afirma que la voluntad como impulso para la creación del efecto jurídico debe ser una voluntad seria y la seriedad presupone un motivo al cual el orden jurídico ha llamado causa. Critica la postura anticausalista de Planiol diciendo que confunde la causa con el objeto o con el consentimiento. Se refiere a la promesa abstracta de deuda diciendo que según algunos autores su nulidad se funda, entre otras cosas, en que, de otro modo, quedaría la puerta abierta para burlar la ley, pero que según Von Thur es válida dicha promesa, si bien es necesario ver exactamente si choca contra la prohibición legal o las buenas costumbres. Considera el supuesto de desaparición de la causa y la cláusula *rebus sic stantibus*, que se deja sentir con más fuerza en los contratos de tracto sucesivo y en su aplicación debe tenerse en cuenta no solamente el interés público, sino también los intereses privados. Observa que la teoría de la causa y la cláusula *rebus sic stantibus* sugirió la solución de los riesgos que deben ser asumidos por ambas partes en los contratos con equivalencia en las prestaciones. Declara que la solución exacta se encuentra en el hecho de que la causa o fin que mira cada contratante no radica en la contraprestación, sino en la obtención de un equivalente útil, por lo que si un hecho imprevisto e imprevisible turba el equilibrio alcanzado haciendo venir a menos el fin contractual que cada uno de los contratantes buscaba en el acto de obligarse, se realizará la absurda situación jurídica de que uno de los contratantes estará obligado a prestar sin que su obligación tenga causa. Insiste, por tanto, en que es necesario confrontar la base de hecho existente en el momento de la conclusión del contrato y aquella que existe al tener lugar su ejecución.

En el Capítulo II, titulado "la cláusula *rebus sic stantibus* y sus consecuencias en la contratación", empieza planteando el problema que se presenta cuando la declaración de voluntad pura o condicionada tropieza, en el período de consumación, con dificultades nacidas de la variación de circunstancias de hecho, jurídicas o económicas en cuyo caso cabe preguntar, según Stammler, si la autoridad judicial tiene facultad para intervenir en relaciones contractuales pendientes y fijar su contenido de modo divergente al previsto en el contrato y cuál será, en su caso, el procedimiento para demostrar que en determinadas circunstancias una pretensión jurídica puede ser fundamentalmente injusta. Para Terraza el problema que se plantea no es, como opina Stammler, el de la citada cláusula, sino el de

no asunción de un riesgo no previsto o imprevisible (teoría de la imprevisión) para cuya solución dice que se propone la mentada cláusula tácita y en relación con lo cual las legislaciones formulan normas técnicas imperativas o bien dejan que en cada caso concreto se elija el Derecho justo. Pues bien, subraya Terraza que el criterio para valorar la excesiva onerosidad de las prestaciones sobrevenida a consecuencia de los cambios imprevistos en las circunstancias fundamentales ha de ser objetivo y no subjetivo. Observa, asimismo, que en el Derecho moderno se ha rechazado un reconocimiento legal general de la mencionada cláusula y que la teoría de la imprevisión, con o sin la solución a base de la citada cláusula, se ha abierto camino por la legislación de emergencia como es la relativa a contratos afectados por la elevación de precios. En cuanto a la doctrina de la imposibilidad dice que tal concepto ha de ampliarse para que tenga cabida en él la llamada responsabilidad económica y con referencia a la proporción cuantitativa del sacrificio de las partes afirma que el contenido vinculador deberá deducirse más bien que de las simples palabras de la intrínseca voluntad de los contratantes. En cuanto a los contratos de tracto sucesivo observa que la equivalencia que en los contratos instantáneos es valorada en el momento inicial en esta categoría especial de contratos debe subsistir en todo cambio concreto de prestaciones, puesto que tales contratos se perfeccionan en el momento mismo de la ejecución. Con referencia al fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus* considera acertado el criterio de Kruckmann, según el cual dicha cláusula no debe basarse en un consentimiento tácito, sino en la equidad contractual. El ámbito de aplicación está naturalmente limitado por el hecho que le sirve de fundamento y por el principio de la equidad y de la mala fe del que invoca la aplicación del principio. Asimismo se refiere a la cuestión del tiempo de ejecución de la prestación que, de elemento accesorio, puede llegar a ser una de las notas determinantes de contrato y, por tanto, factor decisivo para la aplicación del principio de modificación o resolución de los contratos por excesiva onerosidad. Se refiere a los autores alemanes que hablan de "equivalencia" en las prestaciones como de un elemento esencial del contrato bilateral para determinar y justificar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y afirma que dichos autores dan a dicha palabra un sentido subjetivo enteramente idéntico a aquel que por la doctrina italiana actual es atribuído a la palabra "correlatividad". En cuanto al contenido de la voluntad vinculadora manifiesta que aun cuando la común intención de las partes contratantes no se extiende a los hechos imprevistos o imposibles de prever, la cláusula *rebus sic stantibus* no puede aplicarse ampliamente sino únicamente a aquellos cambios de hecho que no sólo no pueden preverse por las partes, sino que ni tan siquiera son previstos según los principios comunes de la responsabilidad contractual. Afirma que el contrato a largo plazo no puede tener significación jurídica sin la citada cláusula que representa una autolimitación de la voluntad siempre sobrentendida y que constituye, por tanto, una "presumptio iuris" que cede a la prueba del contrario, pero que la lógica y la equidad reclaman en todo contrato a largo término. Naturalmente que la condición resolutoria

rebus sic stantibus no debe ser confundida con la condición resolutoria tácita, ya que esta obra ex tunc y la primera ex hunc.

En relación con nuestro Derecho afirma Terraza que la cláusula rebus sic stantibus actúa intuicionalmente en algunos textos legales y su eficiencia debe admitirse en nuestra legislación en cuanto que en buena substancia no hace más que determinar cuál es la común intención de las partes contratantes. Así, el Código civil declara extinguido el mandato por sobrevenir la insolvencia del mandatario y autoriza al depositario para restituir la cosa depositada antes del término fijado si tiene justos motivos—es decir, circunstancias posteriores a la perfección—sentándose en el art. 1.258 el principio de la buena fe, único al amparo del cual puede actuar la repetida cláusula.

Desarrolla en los Capítulos siguientes las ideas y conceptos que acabamos de apuntar y lo hace con tal claridad que su lectura resulta verdaderamente fácil e interesante, pero por razones de espacio nos vemos obligados a poner punto final a estas líneas.

Salvador RAVELLO

Revistas

I. Derecho civil

1. Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

- A. BORDA, Guillermo:** "Interpretación de los actos jurídicos". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 21-22, 1950, páginas 1175-1201.

Es quizás una de las materias más importantes todo lo que hace referencia a la interpretación, ya que ésta se plantea desde cualquier ángulo en donde actúe el jurista en su quehacer diario. Por su mismo interés plantea una serie de cuestiones, de entre las cuales, la más importante es, sin duda, la previa determinación de si la interpretación de los actos jurídicos es una cuestión de hecho o de derecho, sin que el dilucidarlo tenga un mero valor académico, ya que si fuera de hecho, la sentencia que lo decide no estaría sujeta al recurso de casación que procedería si fuera de derecho. El autor examinando la cuestión no sólo a través de la doctrina, sino también de la jurisprudencia considera que la interpretación de los actos jurídicos es una cuestión de derecho y sometida, por tanto, al recurso citado.

- ARAUZ CASTEX, Manuel:** "Necesidad de replantear la unidad y contenido del Derecho civil". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 21-22, 1950, págs. 1217-1230.

Es un alegato más ante la progresiva disgregación de que se hace objeto al Derecho civil que obliga a detenerse en el camino para inventariar lo que queda después de la disgregación, así como para volver a tomar posición y fijar el rumbo. Examina, a continuación, los distintos criterios que se han venido sustentando, para terminar considerando que si bien es cierto que la unidad del Derecho civil se ha mantenido, en lo substancial, durante siglos, su contenido ha sufrido notorias desmembraciones, pese a las cuales su cohesión existe y debe continuar agrupando la materias que lo integran. La causa de la desmembración del Derecho civil la ve en la pasividad de los civilistas, poco atentos a su función de realizadores de valores sociales, cuidando de la adecuación del Derecho a la realidad social que debe regular, creando normas de adaptación perfecta a la sociedad a la cual se destinan.

BAUDOIN, L.: "El espíritu del Derecho civil en la provincia de Quebec". *Revista internacional del Notariado*, 7, 1950, págs. 243-252.

En el sistema del Derecho privado del continente americano, la provincia de Quebec constituye una excepción, pues mientras todas las provincias del Canadá, excepto la de Quebec, se rigen por el Derecho de la "common law" británica, el Derecho civil de Quebec, denominado técnicamente Derecho civil del Bajo Canadá, ha sido codificado a imagen del Código civil francés. La razón de esta variedad hay que buscarla en circunstancias históricas.

La labor codificadora en Quebec no tuvo que tener en cuenta la diversidad de Francia, sino que vino a ser la expresión modernizada del antiguo Derecho civil del Bajo Canadá. Con frecuencia se asiste a una infiltración, ya sea del derecho francés, ya sea de la "common law", en el seno del Derecho civil de Quebec, por cuya razón la doctrina de Quebec y su Jurisprudencia tienden a dar al Derecho civil de Quebec su fisonomía y su originalidad propia.

DE LA PUENTE, Eudaldo: "La reforma del Código civil francés". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 21-22, 1950, páginas 1231-1255.

El Código civil de Napoleón, que representó en su día un paso decisivo en la labor codificadora, cuya urgencia era por todos señalada, no ha sido ajeno al paso de los años y, como otros, se encuentra en trance de reforma. A juicio del autor, el problema de su reforma tiene vinculación directa con los demás países, así como la tuvo al promulgarse.

FERNADEZ VIVANCOS, Guillermo: "La legitimación notarial en las certificaciones de los asientos del Registro civil. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 147, 1951, págs. 3-8.

La práctica, o como dice el autor, la costumbre viciosa avalada por alguna disposición, de exigir la legitimación notarial de las certificaciones procedentes del Registro civil, con los siguientes gastos, estima el autor que se halla en contradicción con la reiterada insistencia de la legislación registral sobre gratuidad de asientos, expedientes de inscripción fuera de plazo, etc. Examina la cuestión en orden a nuestro ordenamiento positivo, sin olvidar la condición de no gubernativo del Secretario en el Registro; todo ello le hace concluir afirmando que la legitimación de los documentos del Registro civil es viciosa y opuesta a la Ley, y que las certificaciones del Registro normalmente no precisan legalización, pero, en todo caso, no cabe otra legalización que la efectuada por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia, con el visto bueno del Juez, conforme al artículo 26 del Reglamento, y así lo reconoció la Orden de 15 de marzo de 1933.

FERNANDEZ VIVANCO, Guillermo: "Orden de prelación que deben ocupar los apellidos del adoptante respecto a los naturales del adoptado". *Revista General de Derecho*, 76, 1951, págs. 18-23.

Fara poder utilizar el apellido del adoptante, no basta el haberlo hecho constar en la escritura, sino que se precisa la anotación de dicha adopción en el Registro Civil, teniendo dicha anotación el carácter de constitutiva, permanente y definitiva, y en este caso, entendiéndose por apellido de familia el compuesto por el del padre y de la madre, sin posibilidad de suprimir ni sustituir ninguno de ellos, las certificaciones de los adoptados deben expedirse agregando a sus dos apellidos naturales el del adoptante, unido este último a los anteriores por medio de la conjunción "y"; si por apellido de familia se entiende el del varón progenitor, no ve el autor la razón por la que en los hijos naturales sólo reconocidos por la madre y, por tanto, al no ostentar el del padre, carecen de apellido de familia, no se les autoriza, para si el adoptante lo consiente, utilizar los de éste, y desde luego con muchísima más razón los de expósitos, porque éstos ni lo tienen de padre ni de madre, sino uno que a capricho, la mayoría de las veces el Oficial del Registro, les puso.

GALLADO RUEDA, Arturo: "El Código de Napoleón y el actual Derecho civil europeo". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 150, 1951, págs. 3-5.

Punto de partida del tema tomado como base para el artículo es la reciente celebración en París de la llamada "Semana internacional de Derecho", en la que ocupa lugar destacado el informe de Mazeaud, en relación con el Código napoleónico, en el cual declara el mismo autor que lo que motiva su trabajo es, fundamentalmente, poner de relieve las reformas que se hacen necesarias al citado Código. La influencia jurídica francesa en Europa parece ser plena de 1804 a 1870; a partir de esta fecha, diversas causas, entre ellas la promulgación del Código germano de 1900, y en 1945 la dominación soviética en buena parte del Continente, significa no sólo un golpe sensible para el Derecho civil francés, sino también para el europeo.

Tras exponer la influencia que el Código de Napoleón ha tenido en las codificaciones que de una forma u otra en él se han inspirado, destaca cómo la doctrina ha ido avanzando y ha inducido a realizar ciertas reformas, de todo punto necesarias, concluyendo con que la influencia de la codificación napoleónica y del Derecho civil francés en la Europa actual es muy inferior a la que tuvo en su iniciación.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "La formación profesional del jurista". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 153, 1951, páginas 3-5.

Constituye una información de las conclusiones que en forma de directrices han sido adoptadas en recientes Congresos, en orden a la formación profesional del jurista, y en las que se destacan como esenciales la creación de un período pedagógico preparatorio, que comprendiendo diversas materias, sin excluir los idiomas, viniese a constituir un a modo de ingreso en las Facultades de Derecho, que estas Facultades son más que Escuela profesional, Centros de cultura urídica general, y por ello se requiere la indispensable colaboración de los prácticos, junto con la máxima libertad para los alumnos en la lección de cursos y Seminarios, aparte de los obligatorios, que le permitan ir ya, desde el principio, especializándose. Por lo que hace al profesorado, se propugna la incompatibilidad de su función con la del ejercicio profesional u otro tipo cualquiera de actividad.

LAWSON, F. H.: "El campo del Derecho comparado". Boletín del Instituto de Derecho comparado de Méjico, 9, 1950, págs. 9-27.

La investigación del Derecho comparado, aunque puede encauzarse hacia cualquier problema que interese al especialista, lo cierto es que con frecuencia se limitará al campo dentro del cual puede lograr algún éxito; sin embargo, en cierto modo, el tratadista de Derecho comparado está obligado a ser superficial, ya que de lo contrario se perdería en el fárrafo de la erudición.

Por lo que hace al campo del Derecho comparado, parece que se puede obtener más fruto de la comparación del Derecho privado, de los sistemas del Derecho civil y del "common law"; no obstante, en la actualidad, el Derecho público irrumpe tan rápidamente en el campo del privado que el tratadista de Derecho comparado se encuentra cada vez más sumergido en problemas de organización política y económica.

MARTIN BLANCO, José: "El concepto de situación jurídica en Karl Larenz". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 6, 1950, páginas 670-704.

El vocablo "situación jurídica" que utiliza Larenz, no es realmente nuevo; Larenz no formula una definición concreta de la "situación jurídica", sino que más bien se limita a describir aquello que constituye la esencia y contenido del concepto; estima que no es un conjunto de derechos subjetivos, expectativas y facultades, sino como la posición o situación de un nacional-sujeto de derechos en el Derecho objetivo, en su "sitio" en la Comunidad. Deberes y derechos son la especial expre-

sión de una determinada situación jurídica. Para Larenz, en el estudio de la situación jurídica, se puede hacer una bimembre clasificación: **primero**, la situación jurídica como situación de miembro de la Comunidad, y **segundo**, la situación jurídica como situación en relación con otros nacionales o miembros de la Comunidad.

El autor aplaude la construcción de Larenz, ya que con frecuencia las críticas que se le hacen resultan de enjuiciarle a través del crisma político, considerando acertado, por un lado, su posición al plantear el problema del Derecho subjetivo, así como su sustitución por la situación jurídica, por lo menos en cuanto al método que sigue.

OLIVEIRA FILHO, João: "O Cod. civil, as associações católicas e o direito canonico". *Revista Forense*, 567, 1950, págs. 25-26.

El Código de Derecho canónico es la Ley constitucional y reguladora de la Iglesia católica; en el Brasil, donde la Iglesia está separada del Estado, la Iglesia católica es un persona jurídica con una doble faceta de derecho público—en cuanto viene a tener representantes diplomáticos—y de Derecho privado en otros, en cuanto puede tener derechos y asumir obligaciones. La única limitación para la plena vigencia de sus disposiciones es que éstas no contravengan la Ley, el orden público o las buenas costumbres.

Por ello, reconocida la lícita asistencia y vida de la Iglesia como una Sociedad, el Derecho canónico es el sector de sus asociaciones, en cuanto a ellas se refiera.

SARFATTI, Mario: "La revisión del Derecho privado inglés". *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, 9. 1950; págs. 49-58.

Se caracteriza el Derecho inglés por su especial adaptación a las circunstancias, mediante las oportunas reformas, que si bien en principio tenían lugar de modo esporádico, actualmente parece van a seguir una línea racional merced a los trabajos de la "Law Revisión Committee", que, creada en 1934, ha emitido ya ocho informes sobre las más variadas cuestiones, de entre las cuales cabe destacar: la extensión del derecho a exigir intereses, responsabilidad del marido por actos ilícitos de su mujer, prescripción, la revisión de la teoría de la "consideration", la fuerza mayor, etc.

ROUAST, André: "Las fuentes de Derecho y el Código de Napoleón". *Información Jurídica*, 94, 1951, págs. 265-276.

El Código de Napoleón no contiene parte general alguna relativa a las fuentes del Derecho, pero enumera las fuentes de las obligaciones en el artículo 1.370, contraponiendo a los contratos las obligaciones que

nacen sin convención, las cuales quedan subdivididas en cuasi contratos, delitos, cuasi delitos y obligaciones legales. Las relaciones entre las distintas fuentes de Derecho no están tampoco señaladas en el Código de Napoleón; en este Código no se encuentra más que el artículo 6.º, que indica brevemente que los actos jurídicos tienen un dominio limitado por el orden público.

El autor alude al orden de prelación de fuentes y clasificación de las mismas, así como a su relativa interdependencia en los distintos países. Con motivo de los informes presentados, concluye que se tiende a establecer una especie de pacto entre la libertad contractual y el intervencionismo, que varía según los distintos sectores. El conflicto entre la Ley y los actos jurídicos no se resuelve con fórmulas generales, sino con soluciones distintas para cada contrato.

SOTO NIETO, Francisco: “Errores en los asientos del Registro Civil”.

Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 148, 1951, páginas 3-9.

El principio probatorio de los documentos del Registro que se desprenden de los artículos 327 y 1.218 del Código civil, 596, número 6, de la Ley de Enjuiciamiento civil y 35 y 36 de la Ley de 1870, otorgan verdadera importancia al problema de los errores en los asientos del Registro.

Los agrupa en dos grandes grupos: Los errores o faltas cometidos en inscripciones no firmadas, cuya subsanación puede tener lugar, bien por la misma persona que redactó el asiento, si se trata de los casos comprendidos en el artículo 17 de la Ley del Registro, o por medio de un expediente en los otros casos, instruido ante el Juez de Primera Instancia, con audiencia del Ministerio Fiscal.

El segundo grupo le integran los errores o faltas cometidos en inscripciones firmadas; de ellos, unos son subsanables mediante sentencia firme, y otros pueden serlo gubernativamente, estudiando dentro de estos últimos: los errores materiales, las omisiones debidas al funcionario, las inexactitudes que constituyan una equivocación o falta manifiesta, los errores procedentes del documento oficial que sirvió de base a la inscripción y, por último, los errores evidenciados con la confrontación de otras actas registrales.

VASSALLI, Filippo: “La missione del giurista e l’elaborazione delle Leggi”. Nuova Rivista di Diritto commerciale, Diritto dell’economia e Diritto sociale, 8-12-1950, págs. 189-197.

Cada vez son más numerosas las críticas en todos los países, en orden a la insuficiencia y vicios de la técnica legislativa, que han sido achacados a las más diversas causas, bien entendido que el problema

no se refiere a las leyes acordes con el modo de ser de un pueblo determinado y avaladas por su inmemorial aplicación, sino sobre todo en relación a las leyes nuevas, a las leyes especiales yuxtapuestas unas sobre otras. En general, estas leyes adolecen de una falta de técnica y obedecen más bien al desarrollo de un programa de partido.

La formulación de una Ley, constituye un verdadero arte para cuyo ejercicio será preciso conocer todas las dictadas anteriormente sobre la materia, un seguro conocimiento de los principios fundamentales del Derecho, así como un conocimiento no menos seguro de los criterios técnicos más usuales en el país de que se trate, y, desde luego, un especial conocimiento de la lengua, del léxico y de la gramática en su aspecto morfológico y sintáctico, todo ello unido a un conocimiento lo más amplio posible de las legislaciones extranjeras sobre la misma materia que se trata de regular con la norma. Resalta el interés de provocar en orden a los proyectos de leyes las observaciones de ciertos cuerpos especialmente cualificados para las mismas.

Concluye afirmando que el problema de hoy es acercar en cuanto sea posible el jurista a la Ley, que en el fondo equivale a acercar la Ley al Derecho.

2. Derechos reales

A cargo de José María DESANTES GUANTER

ANONIMO: "La reforma de la propiedad agrícola en Italia". Revista de la situación económica en Italia, V, 5, 1951; págs. 33-40.

La reforma italiana, comenzada después de la guerra, se ha podido adaptar a las características ambientales de Italia, valiéndose, pero no aplicando *sic et simpliciter*, medios y métodos de reforma adoptados en otros países, principalmente la expropiación de tierras y la redistribución de las mismas a los pequeños propietarios. Planteada la realidad del agro italiano, hubo tendencias extremas para solucionarla y las medidas de reforma propuestas por el Gobierno al Parlamento tienen presentes los justos conceptos de cada tesis. Los principios generales de las leyes de reforma hacen prever los resultados, aunque estas previsiones son todavía inciertas y sólo podrán conocerse con fundamento pasados algunos años.

BOLLA, Plinio: "Vers une nouvelle convention internationale pour la protection du droit d'auteur". Le Droit d'Auteur, Berna, febrero, 1951; páginas 13-16.

Hace la historia de las tentativas de una nueva convención, después de concertadas las de Berna y de La Habana, en el periodo anterior a la guerra de 1939. Después de la guerra fué la "Unesco" la que asumió la tarea del perfeccionamiento universal del derecho de autor y reunió en

París en 1949 un Comité de expertos que no dieron una solución satisfactoria, al contrario de lo que ha ocurrido en una nueva reunión de dicho Comité en Washington en 1950, de las que parece haber salido en líneas generales un trazado de la nueva convención. Estudia en ella el problema del origen de la obra publicada, las condiciones formales de las que cada país puede hacer depender el nacimiento o ejercicio del derecho de autor, el tiempo durante el cual se extiende la protección de este derecho y las soluciones en torno a la traducción de la obra literaria. La objeción de que dicha Convención quedaría reducida al rango de mero complemento de la de Berna es cierta, pero no se puede dudar el mejoramiento que supone de la situación actual.

CAMILLE, Me. Hubert: "Les attributions de propriété à l'utilisateur". Revista internacional del Notariado, julio-septiembre, 1950; págs. 253-266.

Estamos ante una verdadera disociación de la propiedad entre su titular y quien utiliza el bien que es objeto de la misma. La moderna legislación francesa ha venido a disgregar el concepto jurídico "standard" de la propiedad que formuló el Código napoleónico. En cierta medida se vuelve a la concepción del dominio útil y del dominio eminente por una nueva noción del arrendamiento de inmuebles que está motivada tanto por necesidades económicas cuanto por nuevas concepciones políticas. El autor examina separadamente estos fenómenos en el arrendamiento de local de viviendas, en el de local de negocios y en el arrendamiento rústico. Después de este análisis examina lo que de justificado hay en estas medidas. Y si es cierto que con su intención de protección del económicamente débil viene a reparar ciertas injusticias, también lo es que ha venido a crear nuevas situaciones injustas. Es necesario mantener un equilibrio entre los derechos respectivos de propietario y arrendatario.

DIAZ VELASCO, Manuel: "La situación actual de las marcas alemanas en España". Revista de Derecho Privado, enero, 1951; págs. 1-29.

En su introducción señala el camino jurídico que, después de los hechos de fuerza de la postguerra, va tomando la situación de las marcas alemanas. Analiza a la luz de los principios jurídicos dicha situación en el extranjero, haciendo la historia de las medidas adoptadas por beligerantes y neutrales, que divide en dos fases: la de las medidas políticas y la de las medidas político-fiscales: las reparaciones. A continuación examina los inconvenientes que estas medidas presentaron, ya fueran inconvenientes de carácter puramente jurídico, ya de tipo práctico; las tendencias rectificadoras y sus manifestaciones y las soluciones que el autor propone como viables y justas. La segunda parte está destinada al estudio de las marcas alemanas en España con la legislación nacional acerca de las medidas adoptadas sobre los bienes alemanes en nuestra patria des-

pués de la guerra y su aplicación a las marcas. Finaliza con la contemplación de las anomalías existentes con independencia de estas medidas, tales como la caducidad de las marcas por imposibilidad material de cumplimiento de los requisitos exigidos, por parte de los súbditos alemanes.

GIANNINI, Amedeo: "I voti della Conferenza di Bruxelles sulla proprietà letteraria". *Nuova Rivista di Diritto commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto sociale*, III, 8-12; págs. 82-88.

Estudia los Acuerdos de la Conferencia de Bruselas de 1948 para la revisión del Convenio de Berna sobre la propiedad literaria y artística. Expone el texto del acuerdo y a continuación va examinando y criticando su contenido, haciendo ver en cada uno de ellos las dudas que suscita, sus deficiencias y sobre todo su escaso valor por cuanto se ha abusado de las declaraciones inútiles para el progreso de la protección de la propiedad intelectual, algunas de ellas mera repetición de las emitidas veinte años atrás. Por tanto el juicio general es desfavorable a los Acuerdos.

LEMOS GARCIA DA FONSECA, Maria Helena de: "Existencia no direito português do direito de retenção como instituto de carácter geral". *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, X, 1-2; páginas 372-397.

Versa sobre el debatido problema de si el derecho de retención es una institución de carácter general o solamente puede ejercerse en caso de que exista una norma concreta que lo atribuya. Examina las teorías restrictivas y las extensivas para concluir, después de una crítica de ellas, que "de iure constituendo" es preferible el sistema extensivo. A continuación estudia las disposiciones legales que lo conceden en Derecho portugués para inducir que "de iure constituto" la retención no existe solamente en los casos en que la ley la concede. La segunda parte del trabajo estudia detenidamente las condiciones generales de existencia del derecho de retención: detentación legítima de cosa ajena, cuya restitución es, sin embargo, debida; crédito exigible por el detentador y conexión entre el crédito y la cosa retenida.

LLORD O'LAWLOR, Manuel: "Los títulos de propiedad en Marruecos". *Boletín del Colegio de Abogados de la Zona del Protectorado de España en Marruecos*, I, 4-5; págs. 247-259.

El derecho de propiedad es una de las partes del Derecho musulmán más perfectamente sistematizadas por los juristas. Sin embargo, continuamente surgen dificultades en su desenvolvimiento práctico, especialmente en cuanto a la transmisión se refiere. Este fenómeno se debe a la deficiencia

de confección de los títulos elaborados por los adules. Distingue los casos de adquisición originaria y derivativa, concluyendo con los requisitos necesarios para cada tipo de documento.

PEREIRA, Antonio María: "A T. S. F. Problemas jurídicos a ela pertinentes". *Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, X, 1-2; páginas 439-471.*

Los problemas jurídicos de propiedad intelectual que plantea la publicidad radiofónica, que ha adquirido una enorme importancia hasta el extremo de constituirse sociedades específicamente destinadas a la organización y emisión de programas publicitarios radiofónicos, motiva este trabajo. La primera parte estudia los derechos radiofónicos en general, aplicando los requisitos generales que condicionan el derecho de autor a su expresión radiofónica. En la segunda parte contempla más concretamente el derecho de emisión radiofónica, su usurpación y el problema de los medios de persecución jurídica para evitarla, con las teorías que la fundamentan.

RUIZ DE LUQUE, Francisco Javier: "Garantías para el adquirente de inmuebles por mensualidades". *Revista del Notariado, septiembre-octubre, 1950; págs. 376-381.*

Estudia la situación en que se encuentran los compradores de inmuebles por mensualidades, si el vendedor vende a su vez a un tercero el inmueble, ya que no puede oponer título al no otorgarse la venta en escritura pública, ni hallarse inscrita en el Registro de la Propiedad. Examina críticamente el Derecho argentino vigente y propone las medidas que ha de adoptar la legislación para garantizar la posición de los adquirentes frente al incumplimiento de sus obligaciones por parte de los transmitentes.

RUIZ TEJADA, Manuel R.: "Estudio sobre la propiedad inmobiliaria en la República Dominicana". *Revista jurídica dominicana, XI, 34; páginas 48-51.*

Divide en cinco los períodos en que habría que parcelar la historia del derecho de propiedad inmobiliaria en la República Dominicana. A continuación estudia el primero de ellos que se inicia con la Bula "Inter Cætera", dada por el Papa Alejandro VI en 3 de mayo de 1493 y completada con la "Eximis Devotionis" promulgada al día siguiente por el mismo Pontífice. Examina críticamente estos documentos y las teorías que negaban al Santo Padre el derecho a conceder la propiedad de las tierras a los Reyes de España. Concluye que la Bula en cuestión es el instrumento jurídico que inviste del derecho de propiedad sobre las tierras descubiertas y conquistadas.

TROLLER, A.: "Le droit moral de l'auteur en droit suisse". *Le Droit d'Auteur*, Berna, febrero, 1951; págs. 16-21.

La ratificación del texto de Bruselas de la Convención de Berna obliga a Suiza a revisar su ley sobre el derecho de autor. El legislador debe elegir entre dos soluciones: o regular el derecho moral del autor por las disposiciones suizas antiguas o incorporar a la ley nacional la norma de la Convención que a él se refiere. Comienza estudiando en que medida la ratificación hace que la Convención de Berna sea aplicable en Suiza; a continuación compara las disposiciones nacionales con las de la Convención reformada. En otro apartado estudia el derecho moral del autor como derecho "sui generis" y su consideración a través de los distintos acuerdos internacionales. Para concluir que, no solamente en Suiza, sino en cualquier otro país en que el problema se plantee, debe regir la Convención de Berna.

MORINEAU, Oscar: "Teoría de la posesión". *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Autónoma de México*. XII-46; págs. 59-121.

Este trabajo es parte de un libro en preparación sobre la posesión. Lo transcrito se reduce a una exposición y crítica de la teoría de la posesión en Rudolf von Hering, citando los textos del maestro y haciéndoles seguir de un comentario, lo que da ocasión a que se trasluzca la teoría posesoria del autor. Por ese procedimiento se estudian los siguientes aspectos: la posesión como objeto de un derecho, como condición del nacimiento de un derecho y como fundamento de un derecho; relaciones posesorias no protegidas; motivos de la protección posesoria; la posesión como derecho; lugar de la posesión en el sistema jurídico; su nacimiento y extinción; la posesión de los derechos. Finalmente estudia la transformación de la posesión en el desenvolvimiento del Derecho moderno.

RIVERA MARTINS DE CARVALHO: "Subsídios para a historia da expropiação em Portugal". *Boletim do Ministerio da Iustica*, número 21, 1950; págs. 5-25.

Tras una breve introducción en la que señala el alcance y esboza el esquema de su trabajo, entra en él con el repaso de las ideas de los autores portugueses acerca de la expropiación forzosa en Portugal en todo el periodo que precede al liberalismo y a las ideas liberales acerca de la institución. Sigue una revisión de todas las fuentes legislativas portuguesas en que aparecen vestigios de expropiación forzosa, comenzando por las Siete Partidas y complementadas con otras disposiciones sobre instituciones análogas. A continuación, una exposición doctrinal de las ideas que se sustentan en Portugal sobre la institución en todas las

épocas anteriores al liberalismo. Y la última parte, en labor de síntesis de todo el material anterior, esboza los principios preliberales portugueses acerca de la expropiación forzosa.

ROBINO, M. Pierre: "Les lois contre le morcellement de la propriété paysanne". *Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux*, 1-2, 3-4 págs. 54-64 y 105-150.

Este trabajo comienza por una introducción en la que el autor presenta el fenómeno real de la división continua de la propiedad rural, que encuentra producido por una causa fundamentalmente jurídica: el sistema sucesorio del Código civil francés en su principio fundamental y en sus preceptos concretos. Este fenómeno se registró siempre en la doctrina francesa y fueron varios los intentos legislativos de solución. Pero no cristalizaron hasta 1938, en que la Ley de 7 de febrero y el Decreto-Ley de 17 de junio realizaron las reformas pertinentes modificando numerosos preceptos del Código francés.

La primera parte del estudio examina la mecánica de las disposiciones legislativas, el alcance de la reforma y los supuestos de aplicación de los preceptos reformados con el fin de mantener la indivisión del patrimonio rural y atribuir íntegramente su titularidad a uno solo de los herederos. La segunda parte contempla la aplicación práctica de la reforma de 1938, que, en realidad, no ha modificado sensiblemente la situación anterior a esta fecha en cuanto al fraccionamiento de la propiedad rural. Las causas son de doble orden: psicológicas y sociológicas unas: la existencia de un fuerte espíritu de igualdad, la falta de sentido familiar fuerte, la riqueza de la tierra; de orden técnico las otras, que se concentran en las imperfecciones del Decreto-Ley de 1938.

SANTOS JIMENEZ, Rafael: "La obra cinematográfica y la propiedad intelectual". *Anuario de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público. Universidad de La Habana*, 1950; págs. 115-136.

La invención de la cinematografía y sus perfeccionamientos sucesivos han planteado diferentes y numerosos problemas jurídicos, cada día más complejos. Al estudio de ellos se dirige este artículo que a la luz de la jurisprudencia y legislación extranjeras intenta encuadrar en la cubana, constituida aun por la Ley y el Reglamento españoles de Propiedad intelectual, los derechos de los distintos colaboradores en la obra cinematográfica. Comienza por estudiar la naturaleza jurídica de ésta, y, a continuación, la consideración que desde el punto de vista de la propiedad intelectual, y en orden a los derechos pecuniarios que confiere, tienen el productor, el autor del argumento, el adaptador cinematográfico, el compositor musical, el director, los intérpretes, el director de fotografía y otros colaboradores. Estudia a continuación los derechos mo-

rales de los mismos antes y después de su muerte, y el funcionamiento del Registro. La parte final está dedicada al estudio de la película como realización material de la obra cinematográfica, desde el ángulo de su explotación industrial.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: "Dimisión y comiso de finca hipotecada por el enfiteuta". *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-febrero; páginas 3-41.

El autor plantea el problema de determinar cuál es el destino de las hipotecas que el enfiteuta hubiese constituido en el fundo enfiteúutico, si éste cae en comiso o es dimitido. Resume la historia y los principales criterios doctrinales. Examina a continuación el problema en el ámbito del Derecho común, y después, concretamente, en el Derecho foral catalán, separando lo relativo al comiso y a la dimisión. En el Derecho común estudia el artículo 118 de la primitiva Ley Hipotecaria, las razones que se esgrimieron en su contra y la crítica de las mismas; las soluciones que el vacío que creó su supresión en 1944 se idearon hasta la publicación del Reglamento Hipotecario, y la crítica del artículo 214 de dicho Reglamento. En Derecho foral catalán examina los problemas que plantea su régimen propio hasta la Ley de 31 de diciembre de 1945. Finalmente, estudia con brevedad el problema en cuanto a la dimisión.

VANDENBROUCQUE, Gérard et SCHALLIER, Michel: "La socialisation des biens". *Revista Internacional del Notariado*, julio-septiembre, 1950; págs. 287-298.

Después de una introducción en la que cita diferentes modos de desplazar la propiedad de los individuos a la colectividad, se ocupa preferentemente de tres fenómenos de la guerra y de la postguerra: las nacionalizaciones, la legislación sobre reparación de los daños de guerra y la legislación sobre *remembrement*. Respecto al primero lo justifica solamente cuando se trate de evitar un abuso o un derroche de fuerzas al país, pero no como medio de abolir la propiedad privada. Examina las sucesivas disposiciones sobre daños de guerra y su evolución desde la Ley de 1940 hasta la de 1946, en la que opondrá reservas a las disposiciones que contravienen el principio de igualdad. En cuanto al *remembrement* observa la dificultad de adaptarse a su estructura, dada la mentalidad individualista del francés medio. En la última parte va extrayendo las conclusiones a este análisis, centrándolo en la virtud de la caridad cristiana, pero sin violar el sentimiento natural de la propiedad.

VIDECOQ, Jean: "Propriété rurale et famille". *Revista Internacional del Notariado*, julio-septiembre, 1950; págs. 299-310.

El autor subraya la importancia de la institución familiar, tanto en el aspecto personal como en el económico, siendo en los bienes rurales donde más se observa la función social de la propiedad. Proteger y fomentar la propiedad privada rural con un sentido familiar, interpretando los textos del Código civil francés y de las leyes especiales conforme a los principios generales del Derecho que a la familia se confieren, ha de ser la preocupación de los juristas prácticos. Partiendo de esos principios estudia el arrendamiento rústico y la aparcería, y el problema de la división del patrimonio familiar entre los hijos del agricultor, buscando las fórmulas, más o menos tradicionales, que permitan el mantenimiento de la unidad de la propiedad en beneficio de la familia.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

A. COLOMO, Leonardo: "La venta de inmuebles en lotes y a plazos", *La Ley*, 60, 1950, págs. 1-5.

Motiva el artículo, la Ley nacional número 14.005, complementaria del Código civil argentino, determinada por la agudización del incremento que venía adquiriendo el tráfico inmobiliario para alejar del mismo la especulación, siempre peligrosa, pero acentuada en los momentos actuales. Examina la Ley comparativamente a la luz de los textos extranjeros dictados sobre la misma materia, y estima que su reglamentación, complementaria del Código civil, satisface una verdadera necesidad pública, y aunque adolece de notorias lagunas, redundará en neto beneficio de los compradores de pequeñas parcelas de terreno vendidas a plazo y cuyo precio debe pagarse en cuotas periódicas.

A. MARTIN DE MUNDO, José: "Estudio de la gestión de negocios en la doctrina y el Derecho positivo", *La Ley*, 60, 1950, págs. 1-5.

Considera erróneo el criterio que tradicionalmente se admite y que considera a la gestión de negocios como una modalidad o manifestación especial del mandato, cuya principal característica estaría constituida por la falta de una representación formal. Estima que la gestión de negocios se ha organizado para servir fines específicos, distintos de aquellos que se persiguen por una relación de mandato, es decir, que existe una diferencia entre el mandato y la gestión de negocios, ya que la representación es de la esencia del mandato, al paso que la utilidad patrimonial es sólo de su naturaleza; por el contrario, la utilidad patrimonial extrín-

seca hace a la esencia de la gestión de negocios, mientras que la representación carece de relevancia decisiva en la caracterización legal de este instituto.

GAMBON ALIX, Germán: "El matrimonio como causa de excepción a la prórroga forzosa del inquilinato". Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, 149, 1951; págs. 3-7.

La norma contenida en el apartado c) del artículo 77 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ha llevado a una serie de discrepancias, por lo que hace a su alcance, y en particular a la de determinar si la frase "en el caso de que contraiga matrimonio", significa que el beneficiario de la excepción necesita estar casado al pretenderse extinguir el contrato o bien si para mover el mecanismo de la causa de excepción es bastante el propósito formal de cambiar de estado.

Estima el autor que el apartado c) del artículo 77 de la Ley de Arrendamientos Urbanos comprende, en su supuesto de hecho, el de que el beneficiario de la excepción proyecte de manera formal contraer matrimonio, lo que le será fácil acreditar mediante certificación de la autoridad eclesiástica relativa a su expediente, y que, aunque no se estimara así, habrá por lo menos que incluir el caso en el principio general del artículo citado, según el cual basta la necesidad de ocupar la vivienda reclamada.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: "El pacto de opción y el derecho que origina". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 273, 1951, páginas 73-94.

En curso de publicación este artículo, daremos cuenta del mismo al ser finalizado.

MUSA ABBUD: "El contrato de prenda en el Derecho musulmán malequí (Rahn)". Boletín del Colegio de Abogados de la Zona de Protectorado de España en Marruecos.

Consiste el *Rahn* en la entrega por un deudor capaz de enajenar, de una cosa que puede ser lícitamente enajenada, para garantía de una obligación. Examina, a continuación, los elementos de este contrato: personales, reales y formales, así como sus efectos y la prueba del mismo, analizando, por último, las causas de extinción del contrato, que se produce en los siguientes casos: a), cuando queda extinguida la obligación principal que garantiza; b), cuando antes de efectuarse la tradición de la cosa el deudor fallece, deviene en estado de insolvencia o es sometido a tutela; c), cuando el acreedor autoriza al deudor para utilizar o vender la cosa pignorada, y, por último, d), cuando el acreedor de la cosa en comodato al deudor, sin determinar el uno al cual será destinada y el momento en que deba ser restituida.

RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: "Comentando el artículo 1.911 de nuestro Código civil". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 189, 1951, págs. 29-35.

Considera que en él se han compendiado los dos aspectos fundamentales del Derecho civil moderno: el personalista y el económico, si bien enfocando éste último como simple proyección del individuo sobre su patrimonio. Las ideas inspiradoras de este precepto, dice, no pudieron dejar de tener en cuenta que estaban elaborando un sistema para ordenar conductas e intereses humanos, es decir, que el valor humano de cada hombre no depende de su poder patrimonial, sino de sus cualidades personales y morales.

La correcta interpretación de este precepto la ve en su conexión con los artículos 1.088 y 333 del propio cuerpo legal, que sólo de este modo es viable la garantía general que pretende establecer el artículo 1.911 del Código civil.

ROMERO LINARES, Raúl: "La lesión en el contrato de compraventa". *Revista de Derecho (Bolivia)*, 5, 1950, págs. 23-32.

En base a una resolución judicial sobre rescisión de contrato de compraventa por dolo, violencia y lesión enorme, se fija especialmente en esta causa de rescisión que define, siguiendo a Planiol, "como el daño pecuniario que un acto jurídico causa a su autor".

Estima que la tendencia dominante dentro del Derecho civil moderno es la de considerar a la lesión como un vicio subjetivo, es decir, un vicio del consentimiento; que su actuación dentro del Derecho boliviano es de una forma matemática, o sea, que es suficiente que exista una diferencia en más de una mitad entre el valor de la cosa inmueble enajenada y el precio pagado, para que sea procedente la rescisión independiente del dolo, error o violencia, que son causas distintas de nulidad.

SOTO NIETO, Francisco: "Arrendamientos de temporada". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 151, 1951, págs. 3-10.

Los arrendamientos de temporada, un aspecto de la tan debatida legislación arrendaticia, originan constantes problemas derivados de la interpretación más o menos correcta que se dé al artículo 2.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946.

Al estudiar los arrendamientos propiamente de temporada, destaca de modo especial, los requisitos concurrentes que la Ley exige, es decir, que se trate de fincas situadas en lugares en los que el arrendamiento no tenga su residencia habitual, y segundo, que estén limitados a la temporada de verano o a cualquier otra. Ello obliga al autor a fijarse particularmente en los llamados arrendamientos de permanencia, aunque se

concertasen por corto plazo, y en los arrendamientos de permanencia transformados en arrendamientos "de temporada", por trasladar el ocupante su residencia habitual fuera del lugar de la finca, y, por último, en los arrendamientos "de temporada", transformados en arrendamientos de permanencia.

4. Derecho de familia

A cargo de José María CODINA CARREIRA

GLICK, Paul C. y LANDAU, Emanuel: "Age as a factor in marriage". *American Sociological Review*, 15, 4, 1950; págs. 517-529.

Se trata de un documentado estudio, basado en diferentes censos de población verificados en los Estados Unidos de América desde el año 1890 hasta la fecha, y mediante el cual pretenden los autores realzar el factor edad, al considerar éste como uno de los elementos más importantes que tiende a limitar el matrimonio, y que, por tanto, ha de tenerse muy en cuenta por los juristas.

NART, Ignacio: "El régimen matrimonial de separación de bienes". *Revista de Derecho Privado*, 406, 1951; págs. 30-43.

Considera que el régimen matrimonial de separación de bienes, a pesar de parecer que realza más la personalidad e independencia de la mujer, es, sin embargo, el que peor la trata, ya que sufraga su parte de los gastos del matrimonio y no se enriquece con el mismo, por lo que es un buen régimen para especialísimos casos concretos.

Examina los problemas que plantean las tres especies de separación de bienes: convencional, legal y judicial, y dentro de esta última, a través del divorcio, interdicción civil y ausencia.

THERY, Fr.: "L'ancien régime legal du mariage". *Bulletin de L'Université L'Aurore (Shanghai)*, 36, 37, 38, 39 y 40, 1948 y 1949; páginas 367-400, 21-62, 255-297, 367-416 y 779-816.

El presente artículo tiene por objeto recoger las costumbres chinas en materia de matrimonio, y analizar y expresar su valor jurídico, ya que éstas han jugado en China un papel importante durante mucho tiempo, y conservan todavía una función subsidiaria, porque el articulado del C. c. se refiere a ellas en caso de laguna en el derecho escrito.

Afirma el autor que, a pesar de que el régimen legal del matrimonio instituido por el C. c. chino, no es un simple arreglo de una obra preexistente, sino que se trata en realidad de una construcción nueva sobre

un plan nuevo y algunos fragmentos antiguos que han subsistido procedentes del antiguo régimen, es interesante el conocimiento de este último, no sólo desde el punto de vista retrospectivo, sino porque el mismo nos puede llevar al conocimiento y su grado de adaptación a las condiciones concretas de la vida del pueblo chino.

5. Derecho sucesorio

A cargo de la Sección de Derecho Civil del I. N. E. J.

GARCIA MONTOTO-ABAD, F.: "¿Puede el testador sustituir libremente, en su testamento, la porción legítima de la herencia a favor de persona ajena a los legitimarios previendo el caso de que éstos fallecieran antes que él?" Boletín del Colegio de Abogados de la Zona del Protectorado de España en Marruecos. Tetuán. Núms. 4-5; páginas 261-267.

Partiendo de un caso vivido plantea el autor la cuestión enunciada en el título, que a su juicio se desdobra en estas tres. 1) Determinar la admisibilidad o no de la sustitución. 2) En caso negativo, ver si procede declarar la nulidad del testamento. 3) ¿Nulidad total o parcial? Con citas de los textos pertinentes y presentando posibles objeciones, el señor García Montoto resuelve en sentido negativo la primera, afirmativo la segunda y optando por la nulidad parcial la tercera.

C. M.

MOLINAS, Alberto I.: "La aceptación de la herencia con beneficio de inventario en el Código Civil Argentino". Revista de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés. La Paz (Bolivia). Págs. 77-22.

Transcribe los artículos pertinentes del Código Civil Argentino y presenta el problema acerca de la situación que ocupa el heredero durante el lapso de tiempo transcurrido entre la apertura de la sucesión y la aceptación o la repudiación como uno de los más debatidos en la literatura jurídica de su país.

Las discrepancias, dice, débense en su mayor parte al afán de interpretar los preceptos del Código relacionándolos siempre con los que pasan por ser sus modelos: Código Francés y Proyecto Español de 1851. Interpretando, pues, el Código Argentino en sí mismo hace un estudio de las dificultades suscitadas al tratar de armonizar los plazos señalados para aceptar o repudiar la herencia y el señalado para optar por el beneficio de inventario, con la intimación que los terceros interesados pueden hacer al heredero para que acepte o repudie.

El estudio va acompañado de numerosas citas doctrinales, acerca del momento en que empieza el plazo para declarar la opción por el beneficio de inventario y del alcance del ejercicio de esta opción.

C. M.

VALLET GOYTISOLO: "La mejora tácita". Conferencia resumida en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XXVI; págs. 808-831.

Comienza aludiendo a unás Sentencias del T. S. que afirman no reconoce nuestro Derecho la Mejora tácita; señala esta posición como unánime en la doctrina. Después de referirse al concepto clásico de mejora tácita, pasa rápida revista a los argumentos esgrimidos en contra de la admisión de la misma, añadiendo que en los artículos 825 y 828 del C. c. no deben verse sino dos reglas aplicables a casos particulares, y no, como se pretende, una regla general.

Tras algunas alusiones al problema de la naturaleza jurídica de la mejora a título de heredero, se fija Vallet en la influencia que han podido tener el elemento germano y el romano, representando, a su juicio, el C. c. un estado de equilibrio entre ambas tendencias.

A continuación hace un estudio de los supuestos de mejora tácita a título de herencia, donación y legado, apoyado en el articulado del propio Código, y termina con unas conclusiones destacando especialmente la necesidad de no confundir la mejora "presunta" con la "tácita".

C. M.

DASSEN, Julio: "Vocación hereditaria de los parientes colaterales naturales". *La Ley, Suplemento diario de la revista argentina de igual nombre*. Buenos Aires. Tomo 61; págs. 1-4.

Ante el silencio u oscuridad de la Ley es muy discutido en Argentina el problema de si los hijos naturales se heredan entre sí. La solución dominante es afirmativa en el terreno doctrinal y jurisprudencial. No obstante, la circunstancia de que recientemente se haya optado en algunos tribunales por negar la existencia de tal vocación hereditaria, ofrece al señor Dassen motivo para criticar estos fallos, no sin antes pasar una rápida ojeada a las tendencias doctrinales y jurisprudenciales.

C. M.

ARAUZ DE ROBLES, Carlos: "La Sucesión Abintestato, el derecho de representación y la línea colateral aragonesa". *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo XXI; págs. 36-40.

Después de señalar los llamamientos en que fundamentalmente cristaliza el orden de sucesión abintestato aragonés (orden de sucesión de los descendientes, derechos especiales de recobrar, orden de sucesión lineal, orden de sucesión troncal y orden de sucesión gradual o de Derecho común), aludiendo a la preferencia de la viudedad Foral, pasa a estudiar cada uno de estos llamamientos sistematizando y comentando los oportunos preceptos del Apéndice.

C. M.

CICU, Antonio: "Usufrutto d'eredita". Nota a una sentencia. *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*. Septiembre 1950; páginas 821 y 495.

En tres recientes sentencias de tribunales italianos se afirma, siguiendo la tesis tradicional: el cónyuge supérstite es un legatario ex lege del de cuius, y no está legitimado para ejercitar o continuar acciones que a éste correspondían. Ardientemente critica esta postura el profesor Cicu, lamentando que su tesis—apoyada en el art. 1010 del Codice Civile—no encuentre eco en la doctrina. Cita como especial contradictor a Stolfi. Termina su nota con estas palabras: "Insisto, por tanto, en afirmar que la naturaleza particular del D. de Usufructo no permite identificar en todo la posición del usufructuario de herencia con la del heredero; pero es un error calificable de legatario. Normas y principios a aplicar no son los propios del legado, sino los propios de la herencia, en todo aquello que no sean inconciliables con la naturaleza del usufructo."

C. M.

II. Derecho hipotecario

A cargo de Pascual MARIN PEREZ

GONZALEZ-DELEITO y DOMINGO (Nicolás): "El proceso monitorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria". *Revista de Derecho Procesal*, 1950, 3; págs. 411-431.

Después de examinar detenidamente el contenido del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y de analizar la naturaleza jurídicoprocesal del proceso adoptado, para mostrarse de acuerdo con la tesis del profesor Guasp, que le califica de *monitor*, llega a las siguientes conclusiones:

Que aunque debe ser estimado como *proceso monitorio*, no lo es puro, por cuanto en él se invierte la iniciativa del contradictorio.

Que es precisa la publicación de nuevas disposiciones que aclaren la jurisdicción del Juez en determinados casos surgidos cuando haya oposición.

Que es preciso regular también la proporcionalidad entre la cuantía de la caución y el valor de los bienes a que el proceso se refiere, a los efectos de su adecuación y suficiencia, de acuerdo con los artículo 41 de la Ley y 137 del Reglamento hipotecario.

Que procede ampliar los efectos del artículo 41 de la Ley Hipotecaria a los casos que sin llevar consigo relación jurídica *directa* con el titular inscrito, gocen de especial protección en la legislación arrendaticia urbana.

Que todas estas sugerencias pueden ser objeto de especial estudio por el Instituto de Derecho Procesal.

RUIZ MARTINEZ (Francisco): "Sobre la condición y sus aledaños". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1950, 271; págs. 785-807 y 1951, págs. 21-32.

Después de estudiar las distintas acepciones de la palabra condición, su fundamento, desarrollo histórico en el Derecho romano, las diferencias entre condición y término, el modo, la llamada "conditio iuris", las cláusulas y pactos, la diferencia en cuanto al modo de actuar de la condición en los actos "inter vivos" y en los "mortis causa", la clasificación y sus distintos tipos, analiza el problema de la condición y el Registro, sosteniendo que si la situación definitiva de un derecho real se liga al cumplimiento de una condición, cualquiera que sea el efecto que produzca, debe constar por nueva inscripción, y el incumplimiento por nota, o viceversa, si la situación definitiva quedara ligada al incumplimiento de la condición.

Bajo estas consideraciones, critica el contenido de los artículos 11 de la Ley y regla 6 del 175 del Reglamento hipotecario.

URIARTE BERASATEGUI José: "Revisión de ideas". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1950, 261, págs. 116-125; 262, págs. 161-166; 266-67, págs. 343-354; 268, págs. 553-568; 269, págs. 644-654; 270, páginas 747-757.

En nueve capítulos el autor va haciendo una revisión de nuestra doctrina hipotecaria en el momento actual y comparándola con otros sistemas registrales extranjeros, defendiendo la conocida posición notarial respecto al Derecho hipotecario y mostrándose en absoluto, de acuerdo con las conclusiones del primer Congreso Internacional del Notariado Latino.

Estima que es imprescindible el Registro de la Propiedad para la perfección del sistema inmobiliario, pero en su versión española tradicional que han seguido las dos reformas fundamentales: la implantadora del sistema hipotecario y la última, a partir del año 1944.

TENA, Valeriano de: "Las fluctuaciones en el valor de la moneda y el Registro de la Propiedad". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1950, 270, págs. 705-746.

En este trabajo se trata de llamar la atención de los juristas sobre la gran importancia que los problemas de la fluctuación del valor monetario y una de sus consecuencias: la cláusula "rebus sic stantibus", en el Registro de la Propiedad. Y a este propósito, el autor estudia detenidamente todos los aspectos jurídicos de la previsión en orden al valor de la moneda, fijándose en algunos de tan extraordinario interés como el de la hipoteca de seguridad, que debe ser configurada en forma de hi-

poteca de máximo, la ilicitud o licitud de la cláusulas de valoración en el Derecho español, la cláusula valor-plata en las pólizas de seguros, etc., que hacen que estos problemas merezcan una especial consideración desde el punto de vista hipotecario.

III. Derecho mercantil

1. Parte general

A cargo de la Sección de Derecho
Mercantil del I. N. E. J.

LUNA, Adamastor: "O Direito Comercial e a sua unidade". Boletín do Ministerio da Iusticia, 1951; págs. 5-21 (enero).

Empieza resaltando la íntima conexión entre la Economía y el Derecho y la misión del jurista de que no se confunda la energía humana con su titular a fin de que no desaparezca la libertad humana y de que se determine claramente el ámbito de las utilidades comerciales. Afirma que el comercio presenta ciertos conflictos y que el Derecho Mercantil debe resolver no sólo los procedentes de intereses personales, sino también los propios del comercio independientemente del ambiente físico en que este se desenvuelva sea la tierra, el mar o el aire, ya que en todo caso la actividad mercantil consiste en una mediación realizada con ánimo de lucro y con el empleo de capital. Considerando los obstáculos representados por el factor espacio y por el tiempo afirma que el Derecho representa siempre para el comercio la base de su vida. Manifiesta que el Derecho va recabando del Poder público las medidas necesarias para el desenvolvimiento de la vida nacional, por lo que no es extraño que algunos juristas en presencia de los adelantos maravillosos de la navegación marítima y aérea y escudándose en el particularismo del Derecho Comercial Marítimo llegaran a encuadrar dicha rama del Derecho comercial en un marco mixto, constituido al mismo tiempo por el Derecho Público y por el Privado. Sin embargo sostiene el autor que a pesar de sus complicaciones el Comercio conserva una unidad económica que es el secreto de su prestigio y que por tanto el Derecho que regula el comercio responde a dicha unidad a pesar de la pluralidad de cuerpos legales.

S. R. M.

PÉREZ FONTANA, Sagunto: "Las recientes modificaciones introducidas en nuestra legislación comercial": Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial, 1950; págs. 300-312 (julio).

En dicho artículo estudia el autor las disposiciones de la Ley de 8 de julio de 1950, cuyo objeto principal es establecer un plan de recursos para

equilibrar los aumentos del Presupuesto judicial, pero que contiene varias modificaciones sustanciales del Derecho comercial vigente principalmente en lo que se refiere a la reglamentación de la profesión de comerciante, como son: la abolición de la gratuidad de la matrícula del comerciante, el funcionamiento del Registro Público de Comercio en una oficina especial que pasará a depender directamente de la Suprema Corte de Justicia. Respecto a esta última modificación el autor comenta que teniendo en cuenta que el Registro Público de Comercio constituye una institución fundamental para la organización y disciplina del ejercicio de la actividad comercial no debe limitarse a su tradicional función de inscribir los actos y contratos que se refieren al comercio sino que constituye el órgano competente para conceder las matrículas de comerciantes, decretar sus suspensiones y cancelaciones, intervenir en los casos de homonimias, etc.; por lo que el cargo de Director de cada Registro Público de Comercio debe tener la misma jerarquía que corresponde a los Jueces de Primera Instancia, debiendo ser sus resoluciones apelables ante el Tribunal correspondiente. Dicha ley introduce otras reformas que son extensamente comentadas por el Prof. Pérez Fontana y que se refieren a la suspensión de la rúbrica de los libros de comercio, a la reforma del arancel vigente para las inscripciones en el Registro, a las formalidades que han de ser observadas en la inscripción de documentos y a otras materias de naturaleza análoga.

S. R. M.

FERREIRA, Waldemar: "O Centenario do Código de Comercio brasileiro": Sociedades Anónimas. *Revista de Derecho Comercial*, 1950; págs. 291-299 (julio).

Empieza haciendo el autor una ligera reseña de los antecedentes del Código de Comercio brasileño y resalta que la Comisión que asumió la responsabilidad de elaborar el Proyecto destacó en la Exposición de motivos las dos ideas rectoras que le sirvieron de orientación, a saber: que el Código debería responder en su estructura y redacción a los principios de orden jurídico-mercantil adoptados por todas las naciones y que al mismo tiempo debería acomodarse a las circunstancias especiales del pueblo para el que se redactaba. A continuación realiza el autor un meditado estudio de dicho Cuerpo legal y termina afirmando que para que, a pesar de las amputaciones de que fué objeto, alcanzase, como lo ha hecho, el centenario de su promulgación tiene que poseer mayores virtudes que defectos y que sin temor de pecar de exagerado puede afirmarse que sus autores demostraron poseer un cierto sentido profético al dictar reglas que se adaptan a los usos y costumbres del complejo tráfico mercantil de nuestros días.

S. R. M.

2. Sociedades

A cargo de José A. PRIETO GOMEZ y Luis SANCHO MENDIZABAL.

ALBANELL MAC-COLL, Eduardo: "Companies Act. 1948. La Legislación sobre Compañías en el régimen inglés". *Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial*, año V, núm. 51 (agosto 1950); páginas 339-348. Núm. 53 (octubre 1950); págs. 435-446.

Finaliza la exposición del articulado de la nueva Ley inglesa en materia de Sociedades (1).

A S C A R E L L I, Tullio: "Sulla simulazione di modificazione statutaria (trasformazione di società)". *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1950 (septiembre); págs. 829-834.

Densa nota de jurisprudencia.

Considerar simulada la transformación de una sociedad comanditaria en sociedad por acciones (tesis del Tribunal de Apelación de Turín, S. 29 marzo 1949), presupone admitir como premisa la posibilidad de simulación en la constitución de la sociedad y en los acuerdos sociales. El autor analiza ambos puntos.

La simulación de la sociedad es perfectamente posible, dado el origen contractual de ésta; pero los supuestos reales de simulación son pocos. (La sociedad por acciones de un solo accionista es para Ascarelli una modalidad de negocio indirecto.) La protección de los terceros (corolario inseparable de la homologación de la sociedad por los órganos estatales) se asegura atribuyendo tan sólo eficacia "ex nunc", en lo que a ellos respecta, a la declaración de simulación. Respecto a los nuevos socios, no partícipes en la simulación, que adhieran a la sociedad, "el contrato es el declarado, con la consecuencia de que el acuerdo simulatorio entre los otros socios pasa a constituir un contrato extrasocial, cuya eficacia queda limitada al ámbito de los socios que lo concluyeron". (Tesis necesaria para mantener una disciplina unitaria de la sociedad, y que revela la peculiaridad de los contratos plurilaterales.)

El problema, doctrinalmente nuevo, de si es posible la simulación en los acuerdos sociales, lo resuelve el autor en sentido negativo. Fundamenta su postura, para la sociedad por acciones, en un análisis de la naturaleza del acuerdo social. Este representa, en rigor, una declaración unilateral, que descansa en la fusión, por procedimiento mayoritario, de una serie de otras declaraciones unilaterales (expresadas por el voto), y que queda abstraída de ellas; ahora bien, la posibilidad de simulación está legalmente

(1) Véanse en el ANUARIO (fascículos 3.º y 4.º del tomo III, 1950) las reseñas de las partes precedentes de este artículo.

excluida en los casos de declaración unilateral (art. 1.414 del C. c. italiana). Cabrá, eso sí, la posibilidad para los socios de obligarse recíprocamente a seguir una conducta contraria al acuerdo social, o a tomar en determinadas circunstancias un nuevo acuerdo derogatorio; pero ello no supone la simulación del acuerdo primitivo (declaración unilateral del ente social), sino la celebración de un nuevo contrato plurilateral entre los socios. También cabrá la simulación del voto individual; pero no entrañará simulación del acuerdo social, sino en todo caso su nulidad por falta de mayoría.

En las sociedades de tipo personalista, aunque valga como acuerdo social la voluntad común de los socios, sin la necesidad de forma especial de expresión, esta voluntad común no tiene tampoco carácter contractual, sino el de declaración unilateral, y no será, por lo tanto, susceptible de simulación.

Pero en cambio, sí podrá declararse simulada la adhesión a la sociedad de nuevos socios. En efecto, las modificaciones subjetivas de la sociedad (exclusión de socios antiguos; adhesión de nuevos) se presentan para Ascarelli, no como actos de la sociedad, sino como actos de los socios, de naturaleza contractual, y por lo tanto susceptibles de simulación. Por este distinto camino se justifica la solución práctica de la sentencia que sirve de ocasión al estudio del autor.

J. P. G.

BOUTHELIER, A.: "El derecho de suscripción preferente de nuevas acciones". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. X; núm. 30, nov.-dic., 1950; págs. 327-370.

Se analiza el concepto del derecho de suscripción preferente, fijando sus supuestos. Se justifica a base de un interés económico del accionista ya que al ampliarse el capital disminuye el valor efectivo de las acciones viejas; interés que ciertamente podría cubrirse con otros expedientes (primas de emisión, derecho de prioridad en el dividendo, distribución de reservas) los cuales, sin embargo, se muestran menos prácticos; además, y esto es decisivo, ha de tenerse en cuenta la disminución que la ampliación supone en la cuota de participación en la dirección de la sociedad que representa la acción. Se exponen las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del Derecho de la inscripción preferente (fruto, producto, accesorio de la acción; capital distinto; derecho compensador; fracción de la acción) defendiendo el autor la que lo considera como parte esencial de la acción: base o presupuesto del contrato primitivo de suscripción de las acciones, ya que sin derecho de suscripción preferente para caso de ampliación habría de quedar amputada la cuota de participación en la dirección de la sociedad y el patrimonio social. Con relación al Derecho español, el autor lamenta la tendencia contraria al derecho de suscripción preferente que aparece en la legislación positiva reciente y que estima equivocada y admisible sólo como excepcional.

L. S. M.

BRUNETTI, Antonio: "Capitalismo e società capitalistica nel diritto sociale". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale*, vol. III, fasc. 8-12; páginas 197-219.

En la base del ordenamiento jurídico de la sociedad anónima está el capitalismo como fenómeno económico; a la definición de Sombart, en la línea de la crítica de Marx, el autor prefiere la definición de capitalismo que da Lanzillo: régimen de iniciativa de los empresarios dirigida a un fin de lucro. De origen reciente, el capitalismo a partir de 1867 (Ley francesa que suprime el requisito de la autorización de la sociedad anónima) ha pasado a configurar toda la vida económica moderna; basado en la libre iniciativa y la libre concurrencia, ha desarrollado de modo insospechado la civilización material, aunque se mantiene el problema de sus consecuencias políticas y sociales.

El comunismo soviético, muy lejos de un comunismo como el de Babeuf, en esta su tercera fase aparece exteriormente como un capitalismo de Estado—único propietario y empleador—, dándose una curiosa compenetración de la propiedad y la soberanía, pero en su raíz se opone al capitalismo que descansa en la iniciativa del empresario, al planificar toda la actividad económica bajo la dirección administrativa. Ni siquiera puede considerarse como capitalismo el accionariado del Estado o de los entes públicos en sociedades anónimas, si se tiene en cuenta que, gracias al paquete mayoritario, la sociedad anónima es un instrumento del Estado en la persecución de los objetivos del plan.

Pero el desarrollo de la sociedad anónima no puede ocultar sus peligros: la tendencia al monopolio y la disociación de sociedad y accionistas. De cualquier manera, en nuestro tiempo la sociedad anónima no podrá dejar de adaptarse a las directrices de la política social; la Empresa es una unidad económica, instrumento del bien común del grupo que le da realidad (Mossa); en el caso de la sociedad anónima, jurídicamente la Empresa pertenece a la sociedad (persona jurídica) no a los accionistas, que sólo tienen una titularidad frente a la sociedad. Así, ya en el Derecho positivo italiano (Código civil 2082), donde se tipifica el empresario como coordinador, organizador y director de los factores de la producción. Sin embargo, no ha llegado a la práctica tal concepto de la Empresa: la dirección (Consejo) de la sociedad anónima está en manos de los accionistas. Aún en la organización capitalista de la sociedad anónima cabe la participación del trabajo en los beneficios; el sistema francés de creación en los Estatutos de acciones de trabajo en poder de una cooperativa de trabajadores resulta preferible a los sistemas que recoge el nuevo C. c. italiano: emisión de acciones "nominativas" con cargo a beneficios y atribución a los trabajadores de parte de los beneficios en la Junta anual.

La sociedad anónima es capitalista por esencia y determinadas transformaciones equivaldrían a su desaparición al retraerse el ahorro que las crea, pero conservando su actual estructura, el Derecho de modo impe-

rativo ha de sumar a la retribución del salario una participación en los beneficios--no en las pérdidas--cuyos porcentajes señalará la Ley y cuya base de cálculo exigirá la fiscalización del ejercicio social por parte de los trabajadores.

L. S. M.

CARDOSO DE GUSMAO, Sadi: "Noção de capital e seu tratamento jurídico". *Revista Forense (Río de Janeiro)*, vol. CXXXI, fasc. 568, octubre 1950; págs. 356-358.

Este breve artículo apunta los conceptos económico-social, financiero y político del capital, así como el jurídico, especialmente en relación con la "hacienda mercantil" en el uso y el Derecho brasileño; recogiendo las leyes generales de su reglamentación positiva, sobre todo desde el punto de vista contable, la regulación del aumento y reducción del capital y la ejecución sobre el capital social por deudas del socio.

L. S. M.

GRAZIANI, Alessandro: "I diritti della società verso l'azionista moroso" (appunti sull'art. 2344 C. c.). *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*. 1950 (septiembre); págs. 692-697.

El autor, después de señalar las diferencias existentes entre la disposición del art. 2344 del nuevo C. c. y la del art. 168' del viejo C. de c., estudia los problemas doctrinales y prácticos que suscita la cuestión en el Derecho italiano, para concluir afirmando que la reglamentación en la materia constituye un argumento más en favor de la tesis que niega a las acciones la naturaleza de títulos de crédito.

J. P. G.

HARVARD LAW REVIEW: "Minority Shareholder Suits to Compel Declaration of Dividends". *Note*. Vol. 64 págs. 299-307 (December 1950).

Los tribunales de equidad ("courts of equity") muestran repugnancia a intervenir en la gestión interna de las Compañías. Las pretensiones de los accionistas minoritarios encaminadas a la declaración de dividendos por los administradores solamente son acogidas en caso de fraude de estos últimos, o (en otra dirección jurisprudencial) también cuando su actitud se evidencia como no razonable, Pero la carga de la prueba, que pesa sobre el accionista, es de gran severidad. Después de analizar las circunstancias que deben tenerse en cuenta para dar lugar a la declaración forzosa de dividendos, la presente nota concluye en favor del incremento de la vigilancia judicial en defensa de los derechos de los accionistas.

J. P. G.

MEZZERA ALVAREZ, Rodolfo: "Prórroga tácita y prórroga automática de los contratos de sociedad comercial". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo)*, año I, núm. 3 (octubre 1950); págs. 689-710.

Estudio de Derecho uruguayo.

El aumento de la duración (prórroga) de una sociedad requiere en principio los mismos requisitos que la constitución de ésta, y, desde luego, una "voluntad expresa y formal" de los socios. Esto plantea el problema de la validez de las cláusulas de "prórroga tácita" o "automática", que, con diversas modalidades, prevén la subsistencia de la sociedad después de transcurrido el tiempo para que se pactó, de no existir voluntad contraria de alguno de los socios. El autor defiende, para las sociedades colectivas y en comandita, la eficacia de tales cláusulas, sobre la base de un análisis de su naturaleza: no estamos en rigor ante una prórroga tácita, derivada de la voluntad presunta de los socios, sino ante cláusulas de renovación automática del plazo, pactadas en la escritura fundacional, y por lo tanto, nacidas de una voluntad expresa. En cambio, es inadmisibles este tipo de cláusulas en las sociedades de responsabilidad limitada, al exigir para ellas la ley la adopción "inicial" de un plazo fijo y determinado de duración.

J. P. G.

MOSSA, Lorenzo: "Responsabilità nell'accomandita". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, D. dell'economia, D. sociale*. Vol. III, fasc. 8-12; páginas 57-66.

El socio comanditario, aunque no es empresario, comparte obligaciones legales del colectivo (obligación de inscribir la sociedad, vigilar la llevanza de los libros). La responsabilidad de los socios es la garantía personal de las obligaciones sociales; no se exige—puede pactarse—la determinación de un capital de garantía, pero se forma un patrimonio social (aportaciones del comanditario, por ejemplo) que cubre esa finalidad; de la que resultan obligaciones para los socios (conservación), cuya violación puede determinar incluso la responsabilidad ilimitada para el comanditario.

En general hay que tener en cuenta que las obligaciones de la sociedad comanditaria obligan personalmente a los socios y dan origen a la responsabilidad de éstos, solidaria entre ellos y con la sociedad; con las salvedades oportunas del lado del comanditario.

Respecto de terceros la limitación de responsabilidad de éste exige inscripción; y las modificaciones, por lo menos publicidad. La responsabilidad del comanditario termina con la aportación o con la disolución de la sociedad o la separación.

La figura exige la incorporación del trabajo a la sociedad en forma de socio: no es conveniente la limitación de su responsabilidad ni la de

sus facultades de representación y gestión. El hecho de que la responsabilidad del socio colectivo sea personal y no sólo patrimonial, impide tanto el reducirlo a una entelequia estatutaria como que ocupe su lugar otra sociedad.

L. S. M.

MOSSA, Lorenzo: "Responsabilidad del socio colectivo y del socio comanditario en la sociedad en comandita". *Revista de Derecho Privado*, número 404, noviembre de 1950; págs. 869-880.

Artículo publicado en la Nuova Rivista. Vide supra.

L. S. M.

PEDROL RIUS, Antonio: "La sindicación de acciones". *Revista de Derecho Privado*, 1950 (diciembre); págs. 957-962.

Fragmento del libro del mismo título.

Se analiza aquí la naturaleza jurídica de la sindicación, rechazando el autor las tesis del acto colectivo y del acto complejo, para defender la del contrato plurilateral, que cree aceptable en el Derecho español, por no encontrar la admisión de esta figura jurídica obstáculos insuperables en nuestra legislación civil y mercantil.

J. P. G.

RESCIGNO, Pietro: "Trasformazione di società e responsabilità dei soci". *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1950 (diciembre); págs. 931-961.

La transformación de una sociedad puede significar para los acreedores sociales: 1) el aumento de la garantía patrimonial de sus créditos (paso de un tipo social de responsabilidad limitada a un tipo de ilimitación de responsabilidad); 2) la no alteración de dicha garantía patrimonial (transformación de la sociedad en otra de idéntica organización en cuanto a la responsabilidad de los socios); 3) la reducción de la garantía patrimonial (paso de un tipo de responsabilidad ilimitada a uno de limitación). Los dos primeros supuestos no son contemplados por el C. c. italiano, pero sí el tercero. El art. 2499, ap. 1.º, requiere el consentimiento de los acreedores (que puede ser presunto) para que la responsabilidad ilimitada se transforme en responsabilidad limitada. La falta de tal consentimiento no impide la transformación, pero permanece, para las deudas anteriores a ella, la responsabilidad ilimitada de los socios. A pesar de esto, la desaparición de la responsabilidad ilimitada no puede pactarse en el acto constitutivo de la sociedad para cuando transcurra determinado plazo o se verifique determinado ciclo de operaciones sociales ("transformación automática"), por impedirlo el resto de las normas legales sobre la transformación.

Analiza a continuación el autor el derecho (que cree necesario admitir, pese al silencio de la ley) del socio de responsabilidad ilimitada a abandonar la sociedad en caso de transformación, así como la posibilidad de quedar liberado de su responsabilidad en virtud de acuerdo con los acreedores sociales, y concluye estudiando, en paralelo con el BGB, la "presunción de consentimiento" de los acreedores sociales a la transformación, para el caso de que no se opongan a ella en el plazo de treinta días siguientes a la comunicación.

J. P. G.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de José A. PRIETO GOMEZ
y Luis SANCHO MENDIZABAL

ASCARELLI, Tullio: "Sul progetto di legge "antitrust". *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1950 (septiembre); págs. 742-752.

La finalidad de limitación de la competencia puede operar jurídicamente bajo dos formas: como causa típica de un contrato (consorcio), o como finalidad (*intento*) perseguida indirectamente por las partes al realizar otro negocio dotado de distinta causa (negocio indirecto: frecuentemente, el contrato de sociedad). Paralelamente a esta diferenciación, habrá que distinguir entre disciplina privatista y disciplina publicista del consorcio. La primera será solamente aplicable a los consorcios "stricto sensu"; la segunda, objeto del artículo, también a los negocios indirectos que persiguen un *intento consortile* (unida, en este caso, a la disciplina privatista propia de la figura típica que se haya realizado).

El autor señala, como ámbito propio de una ley "antitrust" en la actual circunstancia italiana, los acuerdos para la "restricción de la recíproca concurrencia entre empresarios mercantiles"; el fin a perseguir es la tutela de los intereses de los consumidores, y no se conseguirá si se hace depender la intervención judicial del dictamen de una Comisión con representantes de los productores, como en el proyecto italiano, que puede llevar a resultados contrarios a los perseguidos. Reconoce Ascarelli que no es excesiva la amplitud que defiende para la ley (de la que queda excluida, v. gr., la lucha contra las grandes Empresas monopolistas), pero añade que, siendo la primera, es preferible que peque por defecto que por exceso. Y observa que la liberalización necesaria de la actualmente muy rígida estructura económica italiana (*monopoloidé*) requiere la adopción de otras medidas de política económica.

J. P. G.

GUTZWILLER, Max: "Commissione, mediazione, mandato commerciale in diritto internazionale privato". *Nuova rivista di Diritto Commerciale*, vol. III, fascículo 8-12, 1950; págs. 241-255.

El Instituto de Derecho Internacional ha creado una Comisión para el estudio de los tres contratos que figuran en el encabezamiento; este

artículo, documentado con profusión de citas de Literatura y Derecho comparado, es una relación dirigida a aquella entidad por el profesor Gutzwiller.

Se muestra partidario de separar la regulación de la mediación de los otros dos tipos; y, dentro de ellos, se limita en este primer "rapport" a la comisión de compraventa de mercancías, otros muebles y títulos, por creer que necesita reglamentación especial. Estima que, salvo pacto, el contrato de comisión debe regirse por la Ley de la sede del negocio del comisionista, a excepción de los casos en que el comisionista acuda al domicilio del comitente. Recoge las últimas tendencias doctrinales, en cuanto a la facultad de los contratantes para designar la ley aplicable, y en principio se pronuncia por una amplia autonomía. En cuanto al supuesto de la comisión con garantía ("ducroire"), la obligación de prestarla y el derecho que para el comisionista se deriva se rigen por su ley propia. La Comisión ha de decidir a qué modalidades de ejecución ha de aplicarse la "lex loci executionis". El problema de la cadena de comisionistas se resuelve aplicando a cada contrato su "proper Law", salvo que el comisionista conozca el "núcleo" del negocio; entonces se aplicará la Ley única del comitente. El derecho de retención del comisionista vendrá regido por la ley de situación de la mercancía y la lex contractus en cuanto a su nacimiento, y por la lex executionis en cuanto a su ejercicio. Por fin habrá de fijarse la situación frente a terceros: transmisión de la propiedad y acción frente al tercero en la comisión de venta y adquisición directa en la de compra.

L. S. M.

HARFIELD, Henry: "Elements of Foreign Exchange Practice". *Harvard Law Review*, vol. 64; págs. 436-444 (January, 1951).

Después de describir los métodos utilizados por los Bancos en las transacciones que implican remesas extranjeras y las diferentes consecuencias legales de los procedimientos corrientemente empleados, el autor concluye que demasiadas veces las decisiones judiciales en este campo revelan una insuficiente vigilancia de las prácticas bancarias.

J. P. G.

HARVARD LAW REVIEW: "The Exculpatory Provision of the Defense Production Act of 1950". Note. Vol. 64; págs. 456-464 (January 1951).

En las actuales circunstancias de movilización económica, en que la acción del Gobierno imposibilita frecuentemente el cumplimiento de los contratos, adoptando medidas que exceden de lo previsible por los contratantes, la aplicación de los principios de la *Common Law* en materia de *impossibility* y *frustration* llevaría a resultados inicuos. Por ello, la misma Ley de Producción de Defensa que atribuye al Gobierno amplios poderes en lo económico establece que nadie será responsable (*liable*)

por los actos u omisiones que resulten directa o indirectamente de la obediencia (*compliance*) a una norma, reglamento u orden emitida en ejecución de dicha Ley, aunque sea después declarada inválida por la autoridad judicial u otra competente. La intervención estatal puede influir en el cumplimiento de los contratos en forma de: prohibición absoluta; prohibición del cumplimiento en la forma pactada; desviación o reducción de la producción, que torna el cumplimiento impracticable. Si bien en los dos primeros supuestos el deudor quedaría protegido con arreglo a los principios de la *Common Law* sobre *supervening illegality*, su posibilidad de defensa en el tercero sería dudosa. Los efectos de la *exculpation* son, según los casos, o la suspensión del cumplimiento, o la liberación total o parcial del deudor. Pero al quedar aún muchos supuestos fuera de la reglamentación de la *Defense Production Act*, se hace conveniente la introducción por los contratantes de cláusulas de previsión.

J. P. G.

MYNEDER, Charles: "Robinson-Patman Act—Validity of Functional Discounts". *Michigan Law Review*, vol. 49; págs. 261-269 (December 1950).

Desde los tiempos de la depresión, los *functional discounts* (descuento del fabricante a ciertas categorías de intermediarios) han sido utilizados para favorecer prácticas monopolistas. En muchas ocasiones, la cuantía del descuento no depende ya de la clase de intermediario a quien se conceda, pasando a establecerse en atención a persona determinada (discriminación de precios). El autor estudia, a través de los litigios surgidos, las incidencias de la Ley Robinson-Patman (enmienda a la Ley Clayton), para concluir defendiendo la licitud de los *functional discounts*, siempre que se establezcan con arreglo a una razonable clasificación de los intermediarios. No deberán admitirse cuando sitúen a un detallista en posición privilegiada, y, por lo tanto, deberá suprimirse el descuento al mayorista que lo repercute, total o parcialmente, en el comerciante al por menor.

J. P. G.

SEAVEY, Warren A.: "Embezzlement by Agent of Two Principals: Contribution?". *Harvard Law Review*, vol. 64; págs. 431-436 (January 1951).

El autor analiza los problemas que surgen cuando una persona, actuando como *agent* por cuenta de dos *principals*, utiliza su posición para cometer un desfaleo. Según él, la doctrina de la imputación del conocimiento (*imputed knowledge*), que sitúa el daño en uno solo de los *principals*, no tiene base, y sería más racional repartir el daño entre ambos.

J. P. G.

WEISS, Gottfried: "Il compratore in buona fede e l'evizione è la responsabilità per vizi nell'acquisto di titoli di credito". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, D. dell'economia, Diritto sociale*, vol. III, fascículo 8-12; págs. 229-241.

Una decisión de 1945 del Tribunal Federal de Lausana en relación con la restitución de títulos expropiados por los alemanes durante la pasada guerra en los países ocupados y vendidos en Suiza ha producido en el tráfico suizo una situación excepcional en cuanto a la protección del adquirente, situación que dura todavía y han agravado las medidas de bloqueo tomadas por aquellos países. El profesor Weiss aplica a este supuesto de hecho los principios clásicos: ante todo, la adquisición se rige por la "lex rei sitae", y la adquisición del título comporta la de los derechos incorporados; en Suiza, adquiere de buena fe quien sin culpa no conoce "defecto" jurídico en su adquisición; la falta de "affidavit"—por los particulares fines de esta declaración—no destruye por sí la buena fe del adquirente, aunque pueda motivar una especial diligencia en la averiguación de la procedencia del título, a efectos de evitar la culpa que destruya la buena fe; en cuanto a las listas de bloqueo—cuyos efectos determina la "lex rei sitae"—sólo destruyen la buena fe cuando, en cada caso, el comprador hubiera debido conocerlas por su posición profesional, por ejemplo. Por último, "mala fides superveniens non nocet".

Sin embargo, el adquirente del título conforme a estas reglas, puede verse privado de sus derechos por el bloqueo del país del domicilio del emitente. En el caso de adquisición de buena fe ni siquiera puede reclamar indemnización del cedente, porque no se da evicción (mejor derecho de un tercero), sino un simple "trouble de fait". Sí se da la evicción—a favor del propietario original—, en cambio, en los títulos adquiridos de mala fe, y se plantea entonces la cuestión de si puede exigirse responsabilidad por evicción al cedente: si el adquirente conocía el mejor derecho del tercero, la solución es negativa en el Derecho suizo; si su mala fe consistió en que pudo conocerla, pero no puso la debida diligencia, la doctrina suiza se inclina por la afirmativa, pero no así el autor.

El cual, por último, se muestra partidario en principio de aplicar a la venta de títulos las disposiciones sobre garantía a prestar por defectos en el objeto transmitido: En los casos de "affidavit" falsificado, según acepta la jurisprudencia, deberá responder el propietario del título en el momento en que se descubrió la falsificación, salvo mala fe del adquirente posterior; en los de inscripción en listas de bloqueo, el propietario en el momento de la publicación de éstas.

4. Varia

AMOROS RICA, Narciso: "Impuesto de emisión. Conversión y canje de títulos". *Revista de Derecho Privado*, 1950; págs. 886-891 (noviembre).

En este artículo el autor estudia la cuestión referente a si las alteraciones que pueden tener los títulos durante su existencia afectan o no al devengo del impuesto de emisión, llegando a la conclusión de que las modificaciones sustanciales de los derechos del accionista o de las características de las acciones producen nuevo devengo del impuesto para las acciones previamente circulantes.

A continuación y en relación con la cuestión de la forma en que deben realizarse las mencionadas modificaciones para que se produzca nuevo devengo del impuesto de emisión, afirma el autor que dicho impuesto afecta al acto de la puesta en circulación y no al documento que la representa o refleja, y que, por tanto, se produce nuevo devengo a consecuencia de modificaciones o conversiones cuando éstas consten o se exterioricen documentalmente, lo cual puede hacerse de dos formas: una general y amplia, fuera del título, y otra especial y más restringida sobre el mismo título.

S. R. M.

RODRIGUEZ QUESADA, Raúl: "El Proyecto de Ley nacional de bancarrotas. Cesación de pagos". *La Ley, Suplemento* 1950; págs. 1 a 2 (Diciembre).

Empieza afirmando que la cesación de pagos, según la ley positiva, no era propiamente la insolvencia, y que según el Proyecto argentino está constituido por la falta de cumplimiento y la mora en el pago de las obligaciones líquidas y exigibles. Sin embargo, afirma que el Proyecto se refiere a la situación del deudor que cae en estado de insolvencia a los efectos de su sometimiento a las disposiciones legales. Declara que el Proyecto considera con acierto la insolvencia como presupuesto básico de la declaración de quiebra, y sigue un sistema ecléctico entre la insolvencia de los países latinos y la enumeración de actos específicos constitutivos de quiebra en el sistema anglo-sajón. Destaca que el principio seguido por el Proyecto tiene la ventaja de no atar a los jueces a formas escolásticas que pueden traer como consecuencia la aplicación injusta de la ley, que la cesación de pagos es muchas veces una circunstancia difícil de caracterizar, y que el estado de quiebra no es tampoco un estado cierto. Observa que el sistema adoptado no es una novedad, pues concuerda con las legislaciones del Brasil, Chile, Perú y Portugal. Termina su artículo elogiando la unificación que el Proyecto lleva a cabo al suprimir radicalmente las disposiciones del concurso civil.

S. R. M.

URIA, Rodrigo: "Reaseguro, Quiebra y Compensación". *Revista de Derecho Mercantil*; págs. 371-408. Año 1950.

Estudia el autor la forma típica del reaseguro actual y la naturaleza de los tratados o convenios generales del reaseguro, el problema de la autonomía del mismo frente al seguro directo, los depósitos de garantía en el reaseguro-vida, la quiebra del asegurador vida y sus efectos sobre el contrato de seguro y frente al reasegurador, y destaca la obligación de éste de entregar a la masa de la quiebra el total importe de sus siniestros, afirmando que no puede reivindicar de dicha masa el importe de los llamados depósitos de garantía, pero que puede compensar las deudas y créditos derivados del reaseguro. Termina tan interesante artículo pronunciándose su autor a favor de admitir en la quiebra con carácter general el juego de la compensación.

S. R. M.

IV. Derecho notarial

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

EDITORIAL: "El Notariado argentino y el II Congreso Internacional del Notariado latino". *Revista del Notariado*, Buenos Aires, septiembre-octubre, 1950; págs. 371-372.

Expone la destacada actuación de la Delegación argentina en el Congreso, de cuyo éxito pueden vanagloriarse por igual todos los Colegios notariales del país. Esta circunstancia marca los caminos de superación que hay que seguir por parte de los Colegios notariales y del Estado. Como ejemplo de la iniciación argentina de este progreso cita y expone la ley 12.990 en la que se jerarquiza y dignifica la función notarial.

EMERITO GONZALEZ, Carlos: "Registro Notarial mundial". *Nuestra Revista*, 867; págs. 10-12.

Después de elogiar el resultado del II Congreso del Notariado latino expone el enorme interés que para los Notarios de todo el mundo tiene un mutuo conocimiento. Para ello ve un instrumento eficacísimo en el Registro notarial mundial, cuyos fines y objeto desenvuelve. Estudia la estructura que ha de tener tal Registro y el procedimiento para su composición y para su utilización.

GANDIA, Enrique de: "Un aspecto desconocido de la llamada conspiración de don Martín de Alzaga. El salario de los escribanos. 1812". *Revista del Notariado*, Buenos Aires, septiembre-octubre, 1950; páginas 373-375.

Transcribe las exposiciones de honorarios que los escribanos que intervinieron en los procesos que siguieron a la conspiración presentaron al Gobierno.

LOPEZ CHORNET, Juan María: "El Congreso Notarial y el compañerismo". *Nuestra Revista*, 807; págs. 3-4.

Después de resumir la actuación del Congreso del Notariado latino celebrado en Madrid, propone como metas que debe alcanzar el Notariado la celebración de una Semana Notarial en Madrid en los años en que no corresponda celebración de Congreso para tener en ella la oportunidad de conocimientos y cambios de impresiones entre los Notarios. Sugiere medidas para favorecer a los Notarios que menos trabajan en las poblaciones de varias Notarías. Finalmente recuerda el problema de las pensiones insuficientes a Notarios jubilados y a las familias de los fallecidos.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "La autonomía del Derecho Notarial". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 146; págs. 3-6.

Parte de la relevancia jurídica y social de la función notarial, que por este mismo hecho trata de encontrar un cuerpo propio de principios inspiradores que sean la base de su autonomía frente a toda otra rama del Derecho; ahora bien, como estos principios no son pantómos, sino derivados del Derecho Privado general, y como por otra parte, el "hacer notarial" no puede constituirse por ahora en objeto independiente de conocimiento científico, concluye que no puede sostenerse actualmente dicha autonomía, la cual, tampoco, es quizá conveniente en el momento presente, aunque llegue un día en que sea imprescindible aceptar lo contrario.

Sin embargo, reconoce la importancia extraordinaria del Notariado, que contribuye decisivamente a realizar la seguridad del tráfico jurídico—fin inmediato del Derecho y presupuesto obligado e inseparable de la Justicia—, clarificando los derechos adquiridos y las obligaciones asumidas por los contratantes, garantizando los intereses de los que no han intervenido en el acto y preconstituyendo pruebas privilegiadas que que en manos del Juez sirven eficazmente para la debida apreciación de la estructura y naturaleza del negocio jurídico concluido, evitando ulteriores complicaciones.

S. P. V.

PEDREIRA GOMEZ, José: "Responsabilidades del Notario". *Nuestra Revista*. Madrid, núms. 808 y 809.

Después de una copiosa bibliografía y especulaciones teóricas, el autor aquilata las responsabilidades del Notario en dos grandes grupos, a saber: a) las derivadas del asesoramiento jurídico, de las escrituras y actas notariales y de las copias; b) las demás responsabilidades de cualquier otra índole. Respecto a estas últimas no hace más que enumerar algunas, sin pretensiones exhaustivas, entre las que encontramos

como principales las siguientes: Las derivadas de la legislación fiscal en vigor, las procedentes del Código civil y de la Ley Hipotecaria que configuran la función notarial, las originadas por ser un miembro del Notariado, las de ser funcionario público, etc.

En cuanto a las primeras, que son las que estudia, las engarza en el siguiente cuadro:

“Asesoramiento jurídico”: Existe una responsabilidad moral o profesional y otra gubernativa, teniendo como sanción la pérdida del prestigio profesional y las correcciones disciplinarias, respectivamente.

“Escrituras y actas notariales”: Distingue diferentes supuestos:

A) Afirmaciones del notario: Originan una responsabilidad criminal, civil y gubernativa, con la penalidad establecida en el art. 302 del Código penal, indemnización de daños y perjuicios y correcciones disciplinarias en su caso.

B) Calificaciones del notario: Pueden dar lugar a una responsabilidad profesional o gubernativa, con pérdida del prestigio o correcciones disciplinarias.

C) Las manifestaciones del o de los comparecientes no engendran por sí solas ninguna responsabilidad notarial.

“Copias”: Pueden engendrar responsabilidad criminal, civil o gubernativa, con sus tres penalidades respectivas en su caso.

S. P. V.

V. Derecho procesal

A cargo de Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ
y José María DESANTES GUANTER

1. Introducción

GALLEGO MORELL, Manuel: “*State attuale del diritto processuale spagnolo*”. *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, IV, 2; págs. 447-450.

Haciéndose eco del desconocimiento del Derecho procesal español en Italia, debido en parte a los trabajos sobre él publicados por autores españoles en lengua italiana, que no dan su idea exacta, presenta el autor un esquema del Derecho procesal en nuestra historia y una exposición de los modernos avances de esta disciplina en España, con sus nuevas orientaciones y el examen de la labor de nuestros mejores procesalistas contemporáneos.

VAZQUEZ MACHICADO, Humberto: “*Orígenes de nuestro Derecho procesal. Quinta parte: la Academia Carolina*”. *Revista de Derecho. Universidad de San Andrés (Bolivia)*, II, 5, 1950; págs. 61-70.

Después de situar el ambiente universitario de la época y los requisitos que se exigían para actuar en el foro, hace ver la importancia de la

Academia Carolina al ser una especie de institución intermedia entre la teoría de la Universidad y la práctica del bufete, participando de la índole de ambas. Estudia su organización, su evolución y los métodos de estudio del Derecho procesal. Prueba la eficacia de este centro de preparación jurídica el que en él se fraguaron las ideas de independencia y el que diera lugar a la fundación de otras Academias análogas en América del Sur.

2. Parte general

ALVAREZ SANCHEZ, Aristides: "Apuntes de legislación de tierras. Suspensión de trabajos". *Revista jurídica dominicana*, XI, 34; páginas 64-71.

Examina desde un punto de vista doctrinal, legal y jurisprudencial las dos situaciones que pueden plantearse en materia de suspensión de trabajos en legislación de tierras, según se haya aprobado o no la mensura catastral, a efectos de saber cual es el Tribunal competente, si el de Justicia original o el Tribunal superior.

BOTSON, Henry L.: "La magistrature et les libertés constitutionnelles". *Journal des Tribunaux*, Bruselas, 18 febrero 1951; págs. 97-98.

A propósito de ciertas medidas disciplinarias tomadas contra miembros de la magistratura belga por pertenecer a asociaciones a las que se imputa una actividad política subversiva, estudia las relaciones de la magistratura con la política, considerando al juez en su posición de libertad e independencia y como ciudadano que puede tener una opinión política, aunque sometida a unos límites de reserva y discreción, cuestión de hecho que es la que hay que valorar en cada caso.

COUTURE, Eduardo J.: "El nuevo presupuesto del Poder judicial". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales*, Montevideo, octubre 1950; págs. 757-812.

Se trata del comentario crítico de tres leyes uruguayas promulgadas en 8 de julio de 1950 y que establecen una nueva ordenación del Poder judicial, un nuevo régimen presupuestal y un nuevo sistema de tributos de justicia, si bien el comentario de esta última se reserva para un ulterior artículo. En los comentarios se expone la situación anterior en cada punto, destacándose la significación de la reforma. La primera de las leyes citadas crea y suprime determinados organismos judiciales y modifica algunas normas de procedimiento: integración de los Tribunales, régimen de subrogaciones e incompatibilidades, refrendación de actuaciones judiciales, modificaciones, unificación de criterios en materia fis-

cal, etc. En cuanto a la segunda, es una nueva plantilla de funcionarios judiciales. El comentario es más bien favorable, aunque a veces se acusa de timidez y parquedad a la reforma.

DÁ SILVA PEREIRA, Caio Mario: "Apreciação judicial de questão política". *Revista Forense*, septiembre, 1950; págs. 22-24.

Estudia el problema de si el Poder judicial puede juzgar acerca de los actos discrecionales políticos según el régimen constitucional brasileño de 1891, 1934 y 1946. Expone las posturas de Rui y Lessa, examina el concepto de acto político en función del poder discrecional del que emanan y concluye en base a estos principios que, aunque el Poder judicial no pueda entrar en el examen de la conveniencia, oportunidad y repercusión del acto discrecional, puede siempre entender de la inconstitucionalidad e ilegalidad del acto político.

DOS ANJOS MAGALHAES, Virgílio Manuel: "Da novação de sentença". *Revista da ordem dos advogados*, X, 1-2; págs. 398-416.

Plantea el problema del poder novatorio de la sentencia que se reduce al debatido doctrinalmente de la función creadora del derecho o meramente declarativa del mismo de la jurisdicción. Comienza por estudiar en la primera parte el concepto de sentencia en el Derecho positivo portugués, como acto del juez, antes y después de la vigencia del Código de Procedimiento civil de 1939, y como decisión que pone término o resuelve el fondo de determinada cuestión. En la segunda parte examina el problema de si la decisión judicial crea un derecho nuevo o se limita a declarar uno ya existente. Expone y critica las diversas posiciones de la doctrina y defiende su solución de la eficacia meramente declarativa de la sentencia, salvando los obstáculos que se plantean las sentencias contra derecho. Concluye conexasionando las dos partes del estudio, que ésta es también la condición de la sentencia en Derecho positivo portugués.

ESPUNY GOMEZ, Tomás: "Más sobre el embargo del derecho de traspaso". *Revista de Derecho procesal*, VI-3 págs. 457-470.

Estima que se ha dado una abultada importancia a un problema exento de dificultades y complicaciones. Fundándose en las leyes vigentes llega a la conclusión de que el Derecho de traspaso de local de negocio es un derecho perfectamente definido de naturaleza patrimonial. Siendo de tal naturaleza es embargable como cualquier otro derecho semejante para lo que tiene que ir refutando uno a uno los argumentos de la doctrina impugnadora de esta tesis. El proceso de apremio consiguiente a dicho embargo será el regulado en la Sección 2.^a del Título XV, del Libro II de la Ley

de Enjuiciamiento civil. Finalmente, los pactos prohibitivos del traspaso son ineficaces si se concluyeron antes de la vigencia de la Ley de Arrendamientos urbanos y válidos y eficaces cuando se contrajeron con posterioridad a la misma.

JIMENEZ ASENJO, E.: "La independencia de la Justicia". *Revista de Derecho Procesal*, VI-3; págs. 435-455.

Dedica el autor su trabajo a estudiar la libertad de acción, necesaria a los servidores de la Justicia, frente a toda potestad humana. Plantea el problema desde el ángulo conceptual, desde el orgánico o procesal y desde el político. Examina las realizaciones prácticas de la independencia en el extranjero y en España a partir de la Constitución de 1812. Concreta las garantías del Poder Judicial constituidas por la independencia, la inamovilidad y la responsabilidad. Su situación presente en España. Las normas político-orgánicas de la independencia judicial: del monopolio del fuero, de la profesionalidad de la independencia política o corporativa, de la independencia personal o interna, de la legalidad. Termina con el examen de su defensa penal, a la que nuestro Código, aunque de manera inconexa y casuística, atiende.

MONLEON, E.: "La Cámara de Consejo y el Tribunal de Primera Instancia". *Astrea*, Tánger, octubre-noviembre, 1950; págs. 57-59.

Se trata de delimitar con un criterio fijo la esfera de actuación de los citados organismos, ambos del primer grado de jurisdicción e integrados por las mismas personas. La competencia de la Cámara debía estar integrada, además de por los actos específicamente atribuidos con procedimiento especial, por la jurisdicción voluntaria, los procedimientos sumarios y los no reservados al Tribunal de Primera Instancia en forma solemne, que exigen su intervención para comprobar hechos y con carácter urgente, a más de otras actuaciones que deban ser resueltas sin audiencia del demandado.

MONS, Charles: "Vers une Union de magistrats des cours et tribunaux du Royaume". *Journal des Tribunaux*, Bruselas, 7 enero 1951; pág. 1.

Expone la conveniencia de una federación de todos los jueces belgas y las ventajas de índole personal y de tipo jurisdiccional que esta unión traería consigo.

REYES MONTERREAL, José María: "Casos de obligatoriedad de suspensión del proceso civil". *Revista General de Derecho*, diciembre, 1950; págs. 625-632.

Se refiere a los supuestos de suspensión del proceso civil por la coexistencia de actuaciones judiciales penales sobre los mismo hechos, que tienen su fuente en los artículos 362 y 514 de la Ley de Enjuiciamiento civil y las de los artículos 114 y 111 de la Ley procesal criminal.

RODRIGUEZ AGUILERA, Cesáreo: "El órgano jurisdiccional cheránico". *Boletín del Colegio de Abogados de la Zona del Protectorado de España en Marruecos*, I, 4-5; págs. 181-196.

Después de exponer los principios tradicionales de la Justicia islámica y el concepto y carácter que hoy tiene por la influencia del Derecho europeo, estudia los antecedentes de la organización actual de los jueces musulmanes en la Zona del Protectorado español. A continuación, según el Dahir de 19 de octubre de 1938 estudia la organización y competencia de los órganos que componen la justicia indígena por este orden: Ministerio de Justicia, Tribunal Superior de apelación, Cadíes de región, Cadíes de lugar.

SOTO NIETO, Francisco: "La competencia territorial en la justicia municipal". *Boletín de justicia municipal*, VII, 214; págs. 1530-1536.

Estudia la importancia de la competencia y su distinción de la idea de jurisdicción, las clases de competencia y la posibilidad de prorrogarse la territorial. Entra a continuación en el examen de la competencia territorial en la justicia municipal española, comenzando por estudiar su regulación en la Ley de 21 de mayo de 1936 en la que expone la posibilidad de la sumisión expresa, la imposibilidad de la sumisión tácita y la regla general de competencia en defecto de sumisión expresa. El régimen actual se encuentra en la Ley de 17 de julio de 1948 en el que mantiene la posibilidad de la sumisión expresa; pero en la tácita hay que tener en cuenta el sentido que se da a la remisión a las reglas de competencia establecidas en la Ley de Enjuiciamiento civil como regla general en defecto de sumisión. Estudia a este respecto las dos posiciones de la doctrina: la que las circunscribe a los arts. 62 y 63 de la Ley procesal y la que las extiende a todas las normas de la Sección segunda, Título segundo, Libro primero de la Ley de Enjuiciamiento. Examina las razones que apoyan esta última opinión que considera la correcta. Termina con el examen de los casos de representación, cesión de créditos o pago por cuenta de otro.

ZAVALETA, Arturo J.: "El embargo de bienes del querellado en los juicios de acción privada". *La Ley*, 7 diciembre 1950; págs. 1-3.

Estudia el problema en los Códigos de Córdoba y Santiago del Estero, concluyendo que en el primero sólo puede ordenarse dicho embargo cuando al querellado se le ha procesado y constituido en prisión preventiva, y en el segundo en ningún caso.

3. Parte especial

BENETTIN, Giorgio: "Appunti in tema di opposizione di terzo". *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, IV, 2; págs. 402-443.

El problema de la oposición de terceros presenta, a pesar de las aparentemente claras y pocas disposiciones del Código procesal, una serie de incógnitas para cuya solución hay que comenzar por plantear la misma naturaleza sustancial de la institución. Critica el método empleado por los autores y las doctrinas dominantes y defiende la solución propia con el examen de las objeciones que puedan oponérsele y despejando su noción al aislarla de las de instituciones análogas y viendo sus relaciones con ellas.

BERNAL MARTIN, Salvador: "Determinación de los remedios y recursos en la jurisdicción laboral". *Revista de Derecho privado*, noviembre, 1950; págs. 891-900.

Estudia la legalidad actual acerca de los remedios y recursos laborales, planteando los presupuestos legales objetivos y subjetivos que determinan los remedios de aclaración y reposición, los medios impugnadores de queja, nulidad y audiencias y los recursos de casación y suplicación, deteniéndose en cuanto a estos últimos en la determinación del recurso por parte del Magistrado y la posibilidad de que las partes combatan su apreciación.

DUNCAN FERREIRA-PINTO, Alvaro: "Da apelação de despacho saneador". *Revista Forense, Río de Janeiro*, septiembre, 1950; págs. 17-21.

Este trabajo intenta aclarar los recursos de que es susceptible el "despacho saneador", del Código de Procedimiento civil brasileño, en vista de una resolución judicial que niega la apelación. Para ello estudia previamente la naturaleza, concepto y función de la institución. Y en la segunda va revistando todos los recursos de que es susceptible, según su interpretación del Derecho procesal brasileño.

GARVAYO DINELLI, Antonio: "El acto de conciliación". *Revista General de Derecho*, diciembre, 1950; págs. 633-634.

No obstante la impugnación que del acto conciliatorio se hace por algunos escritores, hay que reconocer sus ventajas. Señala el autor su objeto, su historia en el Derecho universal y en el español, su estado en las legislaciones modernas y la actual legislación española. Finalmente propone las ideas para su reforma.

GONZALEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás: "El proceso monitorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria". *Revista de Derecho procesal*, VI, 3; págs. 411-433.

Después de una introducción en la que patentiza la desigual acogida que el art. 41 ha tenido entre los hipotecaristas y en el mundo estrictamente judicial, divide el trabajo fundamentalmente en tres partes. La primera intenta fijar con arreglo a la Ley y al Reglamento hipotecario sus caracteres, presupuesto y tramitación completa hasta el agotamiento de los recursos. La segunda se propone la indagación de su naturaleza a través de las opiniones de los autores Roca Sastre, De la Plaza, Prieto Castro y Guasp. En la tercera analiza especialmente la causa segunda de oposición como circunstancia susceptible de enervar su eficacia. Termina el trabajo con la concreción de las conclusiones que se desprenden de los anteriores estudios y con una enumeración bibliográfica.

SABINO JUNIOR, Vicente: "A dupla execução nas ações de prestações de contas". *Revista Forense*, Río de Janeiro, septiembre, 1950; páginas 10-16.

La acción para pedir cuentas tiene dos fases: una en que se decide si el demandado está o no obligado a prestarlas; otra en que se prestan por iniciativa del demandante o del demandado. De este modo en esta acción se encierra una doble ejecución al ser la segunda fase una "actio iudicati", ya que le sirve de título la sentencia dictada en la fase anterior. Estudia la naturaleza de estas dos fases del proceso, el contenido de la sentencia en la primera fase, los recursos de que es susceptible, el proceso en la segunda fase, sus recursos y el concepto de la acción de petición de cuentas como acumulación sucesiva de otras dos acciones.

VELAR DE IRIGOYEN, Bernardo: "El Estado y la cláusula arbitral". *La Ley* (Buenos Aires), 22 diciembre 1950; págs. 1-3.

Intenta elegir alguna fórmula que simplifique los problemas a que da lugar la aplicación de la cláusula arbitral en los contratos en que la Nación es parte, procurando alcanzar su objeto en la forma más directa y breve posible. Para ello diferencia los actos de gestión de los de autoridad, estudiando a la luz de la Jurisprudencia argentina si es posible y conveniente la cláusula compromisoria respecto de los últimos.

**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

Hipoteca mobiliaria

RESOLUCION DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1950

Otorgada una escritura de constitución de prenda agrícola sin desplazamiento en garantía de la devolución de determinada cantidad, fué presentada en el Registro de la Propiedad correspondiente, donde mereció la siguiente calificación: "Denegada la inscripción del precedente documento, presentado juntamente con otra escritura complementaria, porque, regulada hoy la prenda sin desplazamiento, en todas sus formas, exclusivamente por el Código civil en la Sec. 2.^a, Tít. XV, de su Lib. IV, como consecuencia de la Ley de 5 de diciembre de 1941, que, según se dice en su preámbulo, abarca la generalidad de los casos de este contrato, no es posible aplicar el Real Decreto de 22 de septiembre de 1917 sobre prenda agrícola, cuyas disposiciones han quedado recogidas e incorporadas en la nueva Sección del Código civil. Y no publicada todavía la disposición a que alude el artículo adicional de la citada Ley de 5 de diciembre de 1941, que deberá reglamentar estos contratos, sus requisitos, su endoso y su inscripción en el Registro de la Propiedad, no hay términos hábiles para calificar un contrato cuyos requisitos y circunstancias no han sido reglamentados, ni posibilidad material de practicar asiento alguno en el libro de Hipoteca mobiliaria, que todavía no existe".

Interpuesto recurso gubernativo, alegó el Notario autorizante que las normas incluídas en el Código civil sobre prenda sin desplazamiento tienen sólo un valor programático en tanto no se publique una reglamentación que las haga prácticamente aplicables. El Registrador, aun reconociendo lo anómalo de la cuestión legislativa planteada, insiste en su criterio añadiendo que del contexto de la Ley de 1941 puede inducirse el propósito derogatorio del legislador respecto del Real Decreto de 1917, y en que, sin duda, fué intención de las partes acogerse al Código civil modificado, puesto que en el título se dice que "el propietario consiente expresamente la inscripción de esta escritura en el Registro de la Propiedad, sección de prenda sin desplazamiento, y consiente también en que, en la inscripción de la finca a que se ha hecho referencia, se practique la nota marginal que previene el artículo 1.866 bis del Código civil".

El auto presidencial ratifica la tesis del Registrador y habiéndose recurrido en alzada ante la Dirección, ésta resuelve la procedencia de la inscripción solicitada, fundándose en que:

A) *La naturaleza de la Ley de 5 de diciembre de 1941 es la de una norma en situación de "vacatio legis" por estar necesitado, según el propio legislador, de una posterior regulación complementaria de sus preceptos, de la cual se hace depender su efectividad.*

B) *Los preceptos programáticos no son suficientes por sí solos para derogar las disposiciones en vigor, que continuarán subsistentes hasta que pueda aplicarse la nueva Ley, porque no es presumible admitir que la voluntad legislativa haya sido limitar el ordenamiento jurídico y privar tácitamente de eficacia a preceptos que atendían necesidades sociales, mientras no sean plenamente aplicables las nuevas normas.*

C) *La Ley de 1941, que carece de disposiciones derogatorias, ha de estimarse que mantiene subsistente el Real Decreto de 22 de septiembre de 1917, que "acaso" cuando entre en vigor en su plenitud el nuevo sistema instaurado, perderá su virtualidad.*

COMENTARIO.—*El interesante problema planteado viene de nuevo a enfrentar a dos direcciones jurisprudenciales, la vinculada a una interpretación "strictu sensu" y la que entrevera los recursos de la "bona fidei" en el contenido de sus resoluciones. El propio Registrador se siente inclinado a reconocer lo insólito de la cuestión, pero se mantiene, como es su deber, en los más puros términos de la hermenéutica legal. Por el contrario, el Centro Directivo se ve obligado a combinar la técnica con la necesidad de proporcionar adecuados cauces a la realidad social, sirviéndose, en el caso concreto planteado, de una interpretación tan lata como necesaria del artículo adicional de la Ley de 1941.*

Oposición a la práctica de inscripciones en el Registro mercantil

RESOLUCION DE 4 DE DICIEMBRE DE 1950

Después de inscrita una escritura de disolución de cierta Sociedad Limitada, uno de los socios comparece por instancia ante el Registrador competente poniendo de manifiesto las que, a su juicio, fueron razones suficientes para determinar la denegación de la referida inscripción. Figuran, entre ellas, el insuficiente apoderamiento del liquidador por parte del solicitante, la no constancia del acuerdo disolutorio en los libros sociales de actas, y el incumplimiento de operaciones que convencional y legalmente—Decreto de 17 de julio de 1947—debieron preceder a la supuesta liquidación.

El Registrador puso nota calificadora en el documento presentado, haciendo constar que en el mismo no se solicita la práctica de operación registral alguna y únicamente se formula oposición a una inscripción anteriormente practicada. Tampoco se consideró procedente tomar anotación preventiva.

Interpuesto recurso gubernativo y mantenida la nota en el Acuerdo del Registrador, la Dirección General lo confirma reiterando la doctrina legal conocida:

A) *El recurso gubernativo contra la calificación de los Registradores mercantiles sólo procede cuando dichos funcionarios suspendan o de-*

nieguen las inscripciones, cancelaciones, anotaciones o notas marginales, y no es de aplicación a los casos en que los títulos causaron ya sus respectivos asientos.

B) *Las personas que se crean perjudicadas por los asientos practicados podrán acudir a los Tribunales para contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los documentos u obligaciones que motivaron las inscripciones correspondientes, sin que proceda en vía gubernativa estimar la petición formulada.*

COMENTARIO.—*Cualquiera que sea el juicio que doctrinalmente merezca la insólita comparecencia ante el Registrador para "oponerse" a que practique determinados asientos, en circunstancias como las del supuesto contemplado, es evidente que debe funcionar el principio de que, una vez practicados, se hallan ya bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia y que la vía legal para su impugnación y la de los títulos u operaciones que los determinaron no es la gubernativa, sino la judicial. El Registrador y la Dirección lo entienden así correctamente.*

Subrogación

RESOLUCION DE 7 DE DICIEMBRE DE 1950

Por escritura de 17 de diciembre de 1920, el B. H. prestó a determinada Sociedad Anónima 3.000.000 de pesetas de principal más intereses y costas, con garantía hipotecaria, que fué inscrita; en 6 de septiembre y 23 de diciembre de 1943, el B. de V., por orden de la C. de A. y M. de P. M. de B., remitió al B. H. el resto que, en esta fecha y del primitivo préstamo, se le adeudaba todavía, librándose la carta de pago que obra en el expediente. Y sólo en escritura de 10 de febrero de 1944 la citada C. de A. concierta con la Sociedad prestataria un nuevo préstamo que subrogaría a aquélla en los derechos y obligaciones derivados del saldo de la primera hipoteca todavía pendiente, con ciertas modificaciones.

Presentada la primera copia de esta escritura, con otros documentos, en el Registro de la Propiedad, fué denegada su inscripción por el defecto insubsanable de la imposibilidad de novar en 10 de febrero de 1944 una obligación que estaba extinguida desde el 17 de septiembre anterior (fecha en que el B. de V. hizo el aludido ingreso al B. H., por cuenta de la C. de A.), ni consiguientemente subrogar en ella a un nuevo acreedor en perjuicio de terceros inscritos.

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación, el auto presidencial revoca ésta, pero habiéndose alzado el Registrador, la Dirección General la confirma, declarando que la escritura calificada no se halla redactada con arreglo a las solemnidades y prescripciones legales, en virtud de la siguiente doctrina:

A) *Que hallándose en vigor y sin cancelar la inscripción de la hipoteca constituida a favor del acreedor, no existe obstáculo registral para la subrogación de un tercero en los derechos de aquél, y únicamente ha de*

puntualizarse si se cumplieron los requisitos legales necesarios para la validez y eficacia de la subrogación personal a favor de la C. de A. de B.

B) Que la operación proyectada por esta Caja no puede calificarse de subrogación legal porque: 1.º En la escritura de 10 de febrero de 1944, si bien se pretendió excluir la subsistencia de las cláusulas y condiciones que regían el préstamo del B. H. que fueron privativas de este establecimiento, no se tuvo en cuenta todo el alcance que imponía la condición singular y privilegiada de dicho acreedor, configurada en la Ley de 2 de diciembre de 1872 y en sus Estatutos de 11 de noviembre de 1928, modificados en 6 de junio de 1947; 2.º Las modificaciones introducidas en el primitivo contrato de préstamo, especialmente en cuanto a la duración, tipo de interés, capital y anualidades de amortización, cuya cuantía no consta determinada en la escritura, hacen imposible presumir la existencia de tal subrogación legal; y 3.º En el momento de la calificación registral tampoco se acreditó que la C. de A. fuese acreedor hipotecario posterior, toda vez que el documento de 6 de junio de 1944, en el que consta que dicha entidad es poseedora de 1.200 obligaciones hipotecarias al portador, emitidas por la Sociedad prestataria, no puede surtir efectos por no haber sido presentado a calificación.

COMENTARIO.—Con verdadero acierto destaca la Resolución que la subrogación real prevista en los artículos 1.209 y 1.210 del C. c. se presume realizada cuando un acreedor pague a otro preferente o un tercero no interesado en la obligación, con aprobación expresa o tácita del deudor y dinero propio del pagador, quien se subroga "ope legis" en el crédito y derechos a él anexos, sin que el acreedor deba aprobar la subrogación, "ni se modifiquen las particularidades del crédito transferido", que se adquirirá íntegro o parcialmente, en función del pago, puesto que las modificaciones que pudieran introducirse requerirían el consentimiento del obligado y transformarían la naturaleza de la subrogación, convirtiéndola en convencional.

Como, por otra parte, dice el Registrador, no puede ser indiferente que la escritura de préstamo por la que el deudor adquiere la cantidad necesaria para pagar, sea anterior o posterior al pago, puesto que necesariamente tiene que ser anterior, según el artículo 1.212; extinguida la obligación en septiembre de 1943, no podía novarse en febrero de 1944, porque aceptar esto equivaldría a admitir que el deudor pudiera negociar en cualquier momento el puesto o rango de aquella, en perjuicio de tercero, doctrina inadmitida en nuestra legislación hipotecaria.

Valor de las notas marginales de cancelación

RESOLUCION DE 14 DE DICIEMBRE DE 1950

El Registrador de la Propiedad de Málaga formula siguiente consulta: "I. Si constando al margen de una inscripción de gravamen de naturaleza real nota de referencia a otra inscripción por la cual quede aquélla can-

celada, pero cuya inscripción de cancelación no exista, por haber sido extendida en alguno de los libros destruidos, sin haberse rehabilitado la inscripción cancelatoria desaparecida, ha de consignarse u omitirse el mismo gravamen en la relación de cargas que contengan las inscripciones o anotaciones posteriores relativas a la misma finca. II. Si, en igual supuesto, el mismo gravamen ha de ser incluido en las certificaciones de cargas referentes a las mismas fincas sobre las que aquél se hubiere impuesto, o, por el contrario, habrá de consignarse en tal certificación, insertando también la nota marginal indicadora de su cancelación, con la advertencia de que se hace así por no existir la inscripción cancelatoria."

Y la Dirección General, teniendo en cuenta que las notas a que se refiere la consulta son, como opina un autorizado hipotecarista, meros apéndices de otros asientos, de misión puramente mecánica y cuya finalidad no es otra que la de relacionarlos, entiende que ni en las anormales circunstancias creadas por la destrucción parcial de los folios registrales está justificado concederles, por sí solas, plena eficacia cancelatoria ni revalorizarlas al extremo de convertirlas de hecho en asientos principales de tal naturaleza, si bien conserven un relevante alcance indiciario.

En consecuencia, siempre que el Registrador no juzgare suficientemente acreditada la cancelación de la inscripción hipotecaria ni, por lo tanto, pudiera reputar la finca libre del gravamen, deberá reflejar exactamente el estado excepcional creado por la destrucción del Registro, lo mismo en las certificaciones que en la sección de cargas de las inscripciones posteriores, insertando literalmente o, en relación, según los casos, la nota marginal de referencia a la inexistente inscripción de cancelación.

Usufructo de disposición

RESOLUCIÓN DE 22 DE DICIEMBRE DE 1950

En testamento abierto, el causante instituyó heredero universal en usufructo vitalicio a su esposa y dispuso que, al fallecimiento de ésta, pasarán los bienes, también en usufructo vitalicio, a su sobrina política, de trece años de edad, y, al de la misma, pasará el pleno dominio de los bienes objeto del usufructo a los hijos o descendientes legítimos de ésta, o, en su defecto, a sus herederos testamentarios o legítimos, a todos los cuales instituye, desde luego, nudos propietarios". Inscrito sucesivamente el usufructo a favor de la esposa y de la sobrina, sobre una participación indivisa en determinada finca, ésta, previa autorización judicial, por ser desconocidas las personas llamadas a la nuda propiedad, la vende a otro partícipe que la requirió al efecto de cesar en el condominio, invirtiéndose el precio en valores del Estado que quedaron depositados en poder del Notario autorizante y a disposición de la vendedora como usufructuaria y de sus hijos o herederos legítimos o testamentarios, como nudos propietarios.

Presentada en el Registro primera copia de la escritura de venta, se calificó con la siguiente nota: "Inscrito el precedente documento sólo en cuanto al usufructo de la participación pro-indiviso y no admitida la inscripción de la nuda propiedad por no aparecer inscrita a favor de los transmitentes, por ser inciertas las personas a quienes, conforme al testamento, pueda corresponder el pleno dominio".

Interpuesto recurso gubernativo por el funcionario autorizante, se alegó fundamentalmente que por ser desconocidos los nudo propietarios no puede exigirse inscripción a favor de los mismos ni de nadie, que el testador no prohibió al usufructuario los actos de disposición y la vendedora ha obtenido autorización del Juzgado, que el testador autorizó en cierto modo para enajenar cuando atribuyó a la última usufructuaria poder de disponer "mortis causa" y que podría haberse creado artificialmente un nudo propietario instituyéndole heredero testamentario la usufructuaria, pero que no pareció procedente recurrir a este forzado procedimiento.

Por su parte, el Registrador defendió su criterio con los siguientes argumentos, esencialmente extractados: Que entre los efectos registrales de los asientos figuran la legitimación y el tracto sucesivo; que la transmisión del pleno dominio, fijada para un día cierto en el "an", pero incierto en el "quando", en favor de personas determinables en el futuro, es causa de que la nuda propiedad de que se trata no esté inscrita a nombre de nadie ni pueda estarlo mientras viva la usufructuaria, estando, sin embargo, mencionada a favor de personas distintas de la indicada señora, quien en su consecuencia no puede transmitirla registralmente, y que la forma de la institución supone obligación de conservar o prohibición de disponer.

Ambos informantes citan abundante jurisprudencia, y aluden a determinadas posturas doctrinales en torno al pseudo-usufructo testamentario.

El presidente de la A. Territorial revocó la nota calificadora, pero la Dirección la ratifica, declarando no inscribible la escritura, en virtud de que:

A) *Constituye regla general en nuestro ordenamiento jurídico, aunque carente de la formulación expresa que tiene en otros, la de que el heredero ha de existir en el momento de apertura de la sucesión, porque es entonces cuando debe apreciarse su capacidad para suceder. Ello obliga a examinar con la máxima cautela los llamamientos hechos en favor de los "nasciturus nodum concepti".*

B) *Aun cuando se prescindiera del valor que es necesario atribuir a la voluntad del testador, ley de sucesión, y, en virtud de una analogía más o menos forzada, se consintiera que la usufructuaria, como administradora de los bienes de la herencia, tenía facultades dispositivas, en el caso planteado concurren las siguientes circunstancias negativas: 1) La forma en que se transcribe el auto de autorización judicial no permite conocer sus fundamentos legales; 2) La enajenación se formalizó ocho años después de ser autorizada y hallándose ya casada la usufructuaria, lo que hace presumir que en tan largo tiempo hayan variado las circunstancias que sirvieron de fundamento al auto judicial; 3) Haberse verificado la venta sin pública subasta ni previo avalúo, requisitos de conveniente aplicación para operar en tan delicados supuestos, alejando toda sospecha de acuerdo fraudulento.*

COMENTARIO.—Ya la Resolución del Centro directivo, de 22 de junio de 1943, sentó la doctrina fundamental de que la autorización judicial en que la enajenación pretende apoyarse no puede suplir la carencia de poder dispositivo. Por otra parte, la usufructuaria, para poder vender la nuda

propiedad, habría de representar a los futuros titulares o al causante, sin que tal circunstancia pueda deducirse del testamento ni de la autorización judicial recaída en un acto de jurisdicción voluntaria. Son aplicables también la Resolución de 9 de enero de 1918 y el principio, admitido por la doctrina, de que los llamados a la propiedad en el denominado pseudo-usufructo testamentario resultan indeterminados, por lo general, hasta el momento de la muerte del usufructuario.

Calificación de la capacidad de los extranjeros

RESOLUCION DE 17 DE ENERO DE 1951

Un extranjero, casado, vende, en escritura pública otorgada ante el Cónsul español competente, una finca sita en territorio español, sin que conste el régimen matrimonial de bienes, puesto que el funcionario autorizante se limita a suponer vigente el de gananciales de nuestro Código civil, en vista de determinado expediente de jurisdicción voluntaria instado por la esposa para privar a su marido de las facultades de administrador.

Presentada la primera copia en el Registro de la Propiedad, es calificado del modo siguiente: "No admitida la inscripción del precedente documento, que se presentó acompañado de una certificación expedida por el Cónsul de España en Villarreal de San Antonio (Portugal), por no poder hacerse su completa calificación, mientras no se aporte la certificación que determina el artículo 36 del Reglamento de la Ley Hipotecaria, en la que se afirma si el otorgante vendedor, de nacionalidad portuguesa según el título y el Registro, tiene o no, con arreglo a las leyes de su país, la capacidad legal necesaria para vender la finca que es objeto del contrato y que fué adquirida por el mismo en estado de casado."

Interpuesto recurso gubernativo, se alegó por el recurrente que la certificación que determina el citado artículo 36 no es un elemento de juicio que el Registrador pueda exigir y utilizar a su antojo, ya que se trata de un documento que puede aceptar el Notario, si lo estima suficiente, para dar por acreditada la capacidad civil de los extranjeros que traten de otorgar títulos inscribibles, pero que no puede exigir el Registrador para calificar una escritura que tiene su fundamento en otra inscrita, que por este medio volvería a ser calificada. Por su parte, el Registrador informó que las facultades calificadoras incluyen el examen de capacidad de los otorgantes; que si para apreciar la de los españoles el funcionario está inexcusablemente obligado a conocer las leyes que la regulan, no lo está cuando de extranjeros se trate, y, por ello, el informante, haciendo aplicación del artículo 36 del Reglamento Hipotecario, se abstuvo de calificar el título de compraventa, en tanto no sea aportada la certificación del Cónsul portugués en la que se acredite de modo terminante si el vendedor, con arreglo a las leyes de su país, tenía la capacidad legal para otorgar el acto que se pretendía inscribir.

El Presidente de la Audiencia Territorial confirmó, en auto correspondiente, la calificación impugnada, cuya doctrina es también aceptada por la Dirección General de los Registros, en virtud de las siguientes consideraciones:

A) *Por no regir respecto de las leyes extranjeras la máxima "Iura novit curia", no puede exigirse a los funcionarios españoles que apliquen*

de oficio tal derecho, y por ello, la capacidad de los otorgantes extranjeros, que ha de calificarse con arreglo a su Ley nacional, es preciso que se acredite de modo auténtico, y con tal finalidad aparece redactado el párrafo tercero del artículo 36 del Reglamento Hipotecario, en armonía con lo dispuesto en la Regla 5.^a del artículo 168 del vigente Reglamento Notarial.

B) *El Registrador tiene el deber de calificar, bajo su responsabilidad, la capacidad de los otorgantes, sin que las manifestaciones del fedatario le vinculen en este punto, por lo que puede exigir la aportación de los documentos complementarios que juzgue necesarios, y, por ello, debe estimarse que tiene facultades para pedir la justificación del contenido y vigencia de las normas reguladoras de la capacidad civil de los extranjeros, incluso tratándose de escrituras autorizadas por los Cónsules españoles en el ejercicio de funciones notariales, sometidas a la calificación en igual forma que las otorgadas ante Notario.*

C) *La anterior doctrina es aplicable al caso planteado, puesto que en el documento presentado sólo se consigna una presunción de que el matrimonio se contrajo bajo el régimen español de la sociedad de gananciales.*

COMENTARIO.—*La Dirección General, que ha centrado tan perfectamente la cuestión planteada, ratifica su anterior doctrina, reiteradamente expuesta, lo que nos releva de todo comentario. La alegación del recurrente en el sentido de que el Registrador, al resolver denegando, volvía a calificar inscripciones anteriores, olvida la necesidad de tener en cuenta los datos que resultan del Registro para fundar su resolución.*

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

1. Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita

SENTENCIA 9 JUNIO 1950 (*)

COMENTARIO

I

La *quaestio iuris* planteada en esta ocasión al Supremo se reducía, en síntesis, a esto: ¿Un retraso de escasa importancia en la entrega de la obra convenida, puede ser calificado como incumplimiento a efectos de estimar procedente la resolución del contrato?

El T. S. entendió que no basta que una de las partes haya ejercitado la facultad resolutoria del artículo 1.124 para que produzca efectos jurídicos, sino que es preciso que tal resolución proceda en derecho, lo que niega en su sentencia por juzgar que en el caso de autos el retraso no es excesivo, teniendo en cuenta la facultad que para moderar y prorrogar ese plazo de cumplimiento tienen los Tribunales, según las sentencias de 5 de julio de 1941 y 28 de enero de 1944, añadiendo que no constituye la manifestación de voluntad deliberadamente rebelde o hecho definitivamente obstativo al cumplimiento que exigen las sentencias de 24 de octubre de 1941 y 12 de abril de 1945 para la aplicación del art. 1.124 del Código civil (1).

Los antecedentes de esta curiosa sentencia de nuestro más Alto Tribunal hay que buscarlos en una de 5 de enero de 1935, según la cual se requiere verdadero y propio incumplimiento por uno de los contratantes para que pros-

(*) Vide antecedentes, motivos del recurso y considerandos en este ANUARIO, tomo III, fascículo 3, julio-septiembre 1950, págs. 976-978.

(1) En este último sentido se expresan también las Sentencias de 5 de enero de 1935, 5 y 9 de julio de 1941, 10 de marzo de 1949, 9 de marzo de 1950 y 13 de mayo de 1950. En casi todas ellas se repite que el principio de equidad a que responde el artículo 1.124 del Código civil revela el inequívoco propósito de impedir, en homenaje al respeto que los contratos lícitos y válidamente pactados merecen, que se pronuncie la resolución del vínculo contractual en aquellos supuestos en que no se patentice de modo indubitado, bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida. La Sentencia de 21 de mayo de 1948, en cambio, dijo que es inoperante el motivo que acusa violación del artículo 1.124 por suponer el recurrente que era necesario para decretar la resolución del contrato apreciar voluntad deliberada de no cumplir, siendo así que el citado artículo no alude para nada a tal requisito que arbitrariamente se le añade, debiendo, por otra parte, presumirse normalmente esa voluntad deliberada por el hecho del incumplimiento voluntario.

pere la facultad del artículo 1.124, no bastando el *simple retardo*, y también en la sentencia de 10 de marzo de 1939, en la que se dijo que el *mero retraso temporal y justificado*, compatible con el designio de cumplir lo prometido, no es suficiente para romper el pacto.

II

Entre nosotros, que sepamos, tan sólo Pérez y Alguer, en sus anotaciones al Tratado de Enneccerus (2), se habían ocupado con anterioridad del problema.

Al fijar las consecuencias que la «*mora debitoris*» produce en el Código civil español dicen que el acreedor puede exigir la prestación debida y la indemnización de los daños y perjuicios causados por el retraso (arts. 1.100 y 1.101). A su juicio, en nuestro Derecho no hay un precepto cabalmente correlativo al § 286 ap. 2 del B. G. B. y, por tanto, no cabe decir sin más que, alegando no tener ya interés en la prestación debida, el acreedor puede rechazarla y reclamar indemnización por incumplimiento. Para sostenerlo—añaden—sería menester un precepto que autorizase a afirmar la identidad de los conceptos *retraso en el cumplimiento* e *incumplimiento*. Ahora bien, por otro lado, no puede decirse que el término incumplimiento signifique lo mismo que falta de cumplimiento con *imposibilidad de cumplir*. Esta afirmación—continúan—chocaría con el sentido del art. 1.124 ap. 2, pues la opción que en él se concede al perjudicado no presupone imposibilidad de cumplimiento—sería un contrasentido la facultad de optar por lo imposible—, pero sí requiere incumplimiento (art. 1.124 ap. 1).

Partiendo del principio general de la buena fe (art. 1.258), que debe presidir todo el desarrollo de las relaciones entre acreedor y deudor, y la de finalidad capital del derecho de crédito, que consiste en la satisfacción de un interés digno de protección del acreedor, creen que la dificultad concreta planteada por la ausencia de una norma que establezca la ecuación retraso-incumplimiento, puede resolverse así: a) Si el retraso en el cumplimiento significara la *no satisfacción plena del interés del acreedor*, éste podría rechazar la prestación y, por tanto, reclamar la indemnización por incumplimiento (artículo 1.101), invocando por analogía el art. 1.166, porque la identidad de la prestación originariamente debida con la prestación que el deudor pretende realizar, no consiste tanto en que una y otra tengan por contenido la misma cosa o el mismo hecho como en que una y otra determinen por igual la satisfacción de acreedor. b) Por el contrario, si el retraso en la prestación no implica la falta de satisfacción del acreedor, éste no podría rechazar la prestación *tarde*, siempre a condición—claro está—de que se le abonen los daños y perjuicios causados por el retraso.

En cuanto a las obligaciones recíprocas—que son las que más directamente nos interesan—, entienden que al acreedor se le ofrecen estas tres posibilidades:

a) Puede exigir la prestación debida y la indemnización de los daños y perjuicios causados por el retraso (arts. 1.100 ap. 1, 1.101 y 1.124 ap. 2).

b) Puede fijar al deudor un plazo prudencial para el cumplimiento, advir-

(2) Tomo II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1, Barcelona, 1933, págs. 265-266.

tiéndole que rechazará la prestación posterior y, después de transcurrir este plazo, reclamar indemnización por incumplimiento o resolver el contrato. Dentro de nuestro Derecho, no hay inconveniente en aceptar esto, a reserva de su examen y sanción por los Tribunales en caso de controversia acerca de la procedencia de la resolución, ya que, según la jurisprudencia, supuesto el incumplimiento de una parte, la otra puede dar por resueltas las obligaciones, sin necesidad de la declaración previa de los Tribunales.

c) Puede rechazar sin más la prestación y exigir indemnización por incumplimiento o resolver el contrato (con el resarcimiento de los daños y abono de los perjuicios causados), *si el cumplimiento de la obligación ya no tiene ningún interés para el acreedor* (art. 1.124 ap. 2 y argumentos expuestos *supra*, a propósito de las consecuencias de la mora en las obligaciones unilaterales). También podrá pedir la resolución—según dispone el art. 1.124 ap. 2, prop. 2—aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

En la opinión de Pérez y Alguer, ese condicionamiento de la última posibilidad está corroborado, además, por el art. 1.124 ap. 3, pues la facultad que en él se concede a los Tribunales parece indicada para estos casos de retraso en el cumplimiento que no determina la imposibilidad de éste y en que la justa causa para no decretar la resolución pedida y fijar plazo no puede ser sino la consideración de que la prestación es susceptible aún de tener interés para el acreedor.

Resumiendo, pues, en las obligaciones recíprocas sí, a pesar del retardo, el cumplimiento de una de las partes aún tiene interés para la otra, ésta no podrá rechazar la prestación ni pedir la resolución del vínculo por incumplimiento. Los Tribunales, por esta justa causa, podrán denegar el pedido, señalando plazo de cumplimiento según su prudente arbitrio.

III

Como se ve, esta doctrina no difiere substancialmente de la establecida por la sentencia anotada, puesto que un retraso no excesivo en poco o en nada disminuirá el interés actual del acreedor en el cumplimiento.

¿Mas qué decir de semejante doctrina?

Presupuesto de aplicación del art. 1.124 es la *falta de cumplimiento* de uno de los obligados en las obligaciones recíprocas (contratos bilaterales). Siendo esto así, cabe preguntar si aun el mero retardo en el cumplimiento (*mora debitoris*) puede legitimar el ejercicio de la facultad resolutoria del mencionado artículo.

En efecto, cuando el deudor no cumple puntualmente no es dado concluir sin más que ya no cumplirá: puede ser que la aparente falta de cumplimiento se resuelva en un cumplimiento tardío. Ahora bien: como únicamente la sucesiva conducta del deudor permite establecer si su estado constituye *ab origine* un incumplimiento definitivo o bien una simple demora en cumplir la obligación, cabría pensar que tal incertidumbre no debe ser obstáculo para que el acreedor pida la resolución. Así opina Messineo, para quien es irrelevante toda

distinción entre incumplimiento absoluto e incumplimiento temporal (mora) (3). Sin embargo, puesto que la Ley entiende implícita la facultad resolutoria «para el caso de que uno de los obligados *no cumplere* lo que le incumbe», no se puede extender siempre el remedio excepcional y gravísimo de la resolución a los supuestos de cumplimiento *inexacto*, los cuales implican el cumplimiento, si bien de forma imperfecta, ya sea por razón del *tiempo*, lugar o modo. En tales casos—siempre que el cumplimiento irritual no equivalga al verdadero y propio incumplimiento—creemos que el remedio no será la facultad resolutoria del art. 1.124, sino únicamente la «*exceptio non rite adimpletus contractus*», que como se sabe descansa en el defectuoso cumplimiento de la prestación, por no ser del todo conforme con los requisitos de lugar, tiempo o modo de satisfacción (4).

En verdad, cualquier especie de incumplimiento no debe servir de base para la resolución, sino sólo aquel que, siendo imputable (5), constituya por su gra-

(3) MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3.ª ed., Milán, 1948, pág. 477. Entre los autores italianos ha surgido la duda de si para pedir la resolución del contrato por incumplimiento es necesaria la previa constitución en mora del que incumple su obligación. Así, RUBINO (*Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1947, I, págs. 55-67) considera indispensable la constitución en mora (por medio de intimación o requerimiento por escrito), salvo los casos en que el deudor incurre *de iure* en el estado de mora, dado que sin ella no existe incumplimiento, pues no se ha manifestado todavía la eventual voluntad de no cumplir. Por lo que el deudor no constituido en mora podría ofrecer la propia prestación hasta la primera audiencia. Pero a esto se ha opuesto que la *mora debitoris* es una posible consecuencia del *inexacto* cumplimiento y no un presupuesto esencial o *conditio sine qua non* de la resolución (FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione del debitore*, Milán, 1947, pág. 135, nota 75). En nuestro Derecho, el artículo 1.100, ap. 3, dispone que «en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro». La Sentencia de 22 de marzo de 1950 afirma que incumplido el compromiso por el deudor, no tiene el acreedor precisión de requerirle para situarla en mora, porque, a tenor de lo estatuido en el artículo 1.100 del Código civil, en las obligaciones recíprocas es innecesaria toda interpelación, por lo mismo que, desde que uno de los obligados no cumple su obligación, comienza la mora para el otro. Y la de 20 de febrero de 1950 declara que en las obligaciones recíprocas el cumplimiento de la obligación por uno de los contratantes determina la mora para el otro, sin que sea precisa la intimación del acreedor cuando la obligación, como ocurrió en el supuesto de autos, así lo declare expresamente (cfr. artículo 1.100, ap. 2, núm. 1). No declarándolo y existiendo término de cumplimiento, tampoco será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista, siempre que se verifique lo establecido en el núm. 2, ap. 2, del mencionado artículo: de lo contrario, en las obligaciones recíprocas con una de las prestaciones sujeta a plazo, la previa intimación y la consiguiente constitución en mora son imprescindibles para que pueda decretarse la resolución.

(4) En el caso de que tan sólo se cumpla en parte, procederá la resolución parcial del contrato en cuanto al resto y cabrá oponer una *exceptio non adimpleti contractus* limitada.

(5) En el mismo sentido TRAVISSAS, *Obligaciones recíprocas*, en *Revista de Derecho privado*, 1929, págs. 278-279. Según las Sentencias de 24 de octubre de 1899, 20 de noviembre de 1912 y 24 de octubre de 1941, para que la acción del artículo 1.124 prospere ha de justificarse que el incumplimiento de las obligaciones del deudor se debe a causas imputables. Queda así descartada la viabilidad de la resolución por causas no imputables al deudor (imposibilidad *stricto sensu*, que tradicionalmente se restringe al caso fortuito y a la fuerza mayor). Pero la disciplina de la resolución es menos rigurosa que la del incumplimiento o *inexacto* incumplimiento. Esta (art. 1.101) toma en cuenta una culpa más leve, comprendiendo por tanto mayor número de casos, mientras que la disciplina de la resolución debe ser restringida, exigiéndose una especie de culpa más grave y cualificada. Entende-

vedad una verdadera inejecución, por no satisfacer ya plenamente el interés de la parte a quien la prestación ha de ser entregada (6).

Con otras palabras, el contrato es irresoluble si el cumplimiento inexacto de una de las partes tiene escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra (7).

La razón de por qué la leve entidad del incumplimiento precluye la resolución, reside, al mismo tiempo, en el principio de la permanencia de las relaciones lícita y válidamente constituidas y en el principio de la buena fe contractual.

Aquel principio, del que en más de una ocasión se ha hecho ya eco el T. S. (8), impone el mantenimiento y respeto de los contratos que podrían decaer a causa de un perjuicio *in actu* o *in fieri* de una de las partes, cuando tal perjuicio sea removido, evitado o irrelevante.

Directriz que asegura el normal y eficiente desarrollo de las relaciones económicas sobre la base segura de la buena fe, que en nuestro caso debe ser respetada. No es posible hacer depender la suerte del contrato de circunstancias de incumplimiento en sí mismas irrelevantes o menospreciables, para derivar de la facultad resolutoria un provecho desprovisto de causa legítima e idónea: como en el cumplimiento no ritual, a diferencia del incumplimiento absoluto, hay, o por lo menos puede haber, plena actuación del interés originario del acreedor, la medida un tanto desesperada del art. 1.124 no tiene razón de ser

moa que la resolución sólo procederá en estos dos casos: a) incumplimiento de mala fe (en sentido objetivo, es decir, consciente y resuelta actitud negativa contraria al deber general de buena fe, que debe presidir todo el normal desarrollo del vínculo contractual (arg. art. 1.258); b) cumplimiento imposible (con imposibilidad *lato sensu*) por impedirlo el hecho obstativo de la insolvencia o impotencia económica del deudor que se considera siempre culposa).

(6) El incumplimiento ha de ser, por tanto, grave. Para que la resolución tenga lugar hace falta que el Juez considere *substancial* la sobrevenida violación del contrato, de tal manera que legitime la demanda del acreedor dirigida a resolver el vínculo contractual. La jurisprudencia tiene declarado que para el éxito de la acción resolutoria es preciso que el incumplimiento sea *substancial*. Doctrina que, según la Sentencia de 22 de marzo de 1950, tiene que resultar condicionada en la práctica por las modalidades que, en cada caso concreto, entrañan las cuestiones de hecho que integran el litigio.

(7) El nuevo Código civil italiano dispone expresamente en su artículo 1.455: «Il contratto non si può risolvere se l'adempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra.» Sobre el motivo inspirador de la norma, vide G. B. FUNAIOLI, *Domanda di risoluzione per inadempimento e adempimento*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1943, II, págs. 159-165, cuyas atinadas observaciones hemos tenido muy en cuenta a lo largo de este comentario.

(8) Últimamente, la Sentencia de 10 de marzo de 1949 dijo que «el deber de fidelidad o de acatamiento a la palabra dada, que informa el principio fundamental en contratación *pacta sunt servanda* y late concretamente en el artículo 1.124 del Código civil, en cuanto supone implícita en las obligaciones recíprocas la facultad de resolverlas si uno de los obligados no cumple lo que le incumbe, ha dado ocasión a reiteradas declaraciones de esta Sala, con marcada tendencia al mantenimiento del vínculo contractual en tanto no se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a la ejecución de lo pactado, o un hecho no imputable al deudor, que de modo absoluto y definitivo impida el cumplimiento de la relación contractual, de tal suerte que, en principio y a salvo los negocios a fecha fija en los que la prestación tardía no rinde la finalidad perseguida, el mero retraso temporal y justificado, compatible con el designio de cumplir lo prometido, no es suficiente para romper el pacto, ni puede romperlo el contratante que primeramente abandona su recíproca prestación como no sea por causa determinante en el aspecto jurídico de caso fortuito o fuerza mayor con efectos restrictivos y no completamente suspensivos».

y, por tanto, aquél no puede pretenderla. En estos casos de cumplimiento irri-
tual o defectuoso sería abusivo que se permitiera el recurso último de la lla-
mada *condictio* resolutoria tácita, violando así el deber general de buena fe
que domina la ejecución de todos los contratos (art. 1.258 C. c.).

En vínculo contractual no se resuelve, pues, en los supuestos de incumplimiento de escasa importancia, o mejor, en los casos de cumplimiento inexacto, siempre—claro está—que no asuma caracteres de gravedad.

Entre ellos hay que situar, ante todo, el cumplimiento tardío o extemporáneo, cuando la demora no supere ciertos límites, es decir, *cuando el retraso no sea excesivo*, como dice el Supremo en la sentencia comentada, al hacerse eco de las palabras del Tribunal *a quo*.

La valoración de la entidad del incumplimiento—concretamente, del cumplimiento retrasado—debe remitirse al prudente arbitrio del Juez, quien apreciará la importancia del retardo, teniendo presente el juego de los intereses de las partes y su influjo sobre el desenvolvimiento normal del negocio (9).

Pero la apreciación judicial puede, en algunos casos, ser sustituida por una apreciación legal, como ocurre, por ejemplo, en la venta de inmuebles con cláusula resolutoria expresa (10) pues, entonces, el cumplimiento (pago del pre-

(9) Según PESTALOZZA (*Ritardo e risoluzione giudiziale del contratto*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1920, II, págs. 325-327), ver si el retardo es de tal manera grave que legitime la resolución, constituye una cuestión de hecho que no parece siquiera oportuno averiguar con argumentos *a priori*. A su juicio, dado el fundamento histórico del instituto de la resolución (la ficción de la voluntad de las partes), se debe averiguar en cada caso si la parte que incumple habría rehusado contratar cuando la prestación le hubiera sido prometida con una ejecución tan retrasada. Es decir, a los fines de esta indignación, debe acudirse a la intención de las partes en el momento de la constitución del vínculo: la referencia al actual defecto de interés del acreedor en recibir la prestación no sería legítima, pudiendo pesar solamente a efectos del resarcimiento del daño, para lo que no basta el retardo, sino que es preciso aquel retraso cualificado por la culpa y por la constitución en mora, que técnicamente se llama al punto *mora*. La voluntad de las partes se manifiesta en mil señales, y es aquí, al interpretar esa voluntad y al valorar con relación a ella la importancia del incumplimiento representado por el retardo, donde radica el delicado y difícil cometido del magistrado llamado a resolver judicialmente un contrato.

Por nuestra parte creemos que a lo que hay que atender es al interés actual del acreedor en el cumplimiento tardío y ello porque, según la doctrina que nos parece preferible, el fundamento jurídico de la resolución no reside en la voluntad presunta de las partes (que eleve el posible incumplimiento de una de ellas a la categoría de *condición* resolutoria tácita o sobrentendida), sino que responde al principio de equidad, como repetidas veces ha dicho el Supremo, que habla de «facultad» y no de «condición resolutoria tácita», siguiendo así la afortunada terminología de nuestro Código. La resolución por incumplimiento consiste, pues, en un poder o facultad de resolución proveniente de la ley (artículo 1.124), justificada por la idea de equidad, y cuya función es mantener el equilibrio económico a favor de la parte fiel y cumplidora, perjudicada por el no cumplimiento de la parte contraria. Fundamenta también en la equidad la resolución que establece el artículo 1.124, TRAVESAS, op. cit., pág. 277. Para MASSIMO, en cambio, la justificación dogmática del instituto está en la *sobrevenida falta de causa de la obligación* (op. cit., págs. 474 y sigs.). ALETTA (*La risoluzione per inadempimento*, Milán, 1942, págs. 115 y sigs.) descubre en la resolución una sanción del contratante infiel.

(10) Según la Sentencia de 9 de marzo de 1950, lo dispuesto en el artículo 1.504 del Código civil es de aplicación, tanto al caso de existir pacto comisorio expreso, como en el de no existir tal pacto, consistiendo la especialidad del precepto en exigir, como requisito previo para que se opere la resolución de la venta de bienes inmuebles por falta de pago del precio, la existencia de un requerimiento hecho por el vendedor al comprador, o sea una declaración de voluntad del primero, expresada en forma auténtica y que haga patente su propósito de optar por la resolución.

cio) tardío hasta que el comprador sea requerido judicialmente o por acta notarial se admite siempre y, hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término (art. 1.504). Así, pues, se excluye la resolución del contrato, prescindiendo de valoraciones subjetivas, por considerarse objetivamente que existe un incumplimiento de escasa importancia. Ello no implica ninguna desviación de los principios que informan la condición resolutoria tácita (artículo 1.124 ap. 3, según la interpretación recogida más arriba). Tan sólo se substraen aquí a la apreciación judicial el juego de los intereses de las partes, revelador de la escasa importancia del incumplimiento, que es directamente reconocida *ex lege*. Lo que, en esta materia, confirma el favor legislativo que merece la estabilidad del contrato.

Concluyendo, la doctrina sentada por esta sentencia del T. S., fruto de la moderna tendencia jurisprudencial que, inspirada en la idea de equidad (11), se esfuerza en procurar las soluciones más justas, aun sacrificando muchas veces la seca y rígida lógica jurídica, sorda a las exigencias siempre cambiantes del concreto y flúido vivir social, sólo plácemes merece y debe ser acogida con entera simpatía por todos los que, con Celso, están convencidos de que el Derecho es «arte de lo bueno y de lo justo».

Acaso puedan parecer ilógicas sus consecuencias (12), pero lo cierto es que la máxima del Supremo responde al deseo, muy sentido, de humanizar el *ius obligationis*, hallándose los contratantes bajo el amparo seguro de la sombra bienhechora proyectada por el principio de buena fe.

¡Es tan humano pasar por alto la pequeña falta de puntualidad del que debe! Un simple olvido o, tal vez, serias circunstancias no previstas ni queridas pueden justificar, según la prudente valoración del Juez, el retraso en el cumplimiento, *a parte debitoris* y excluir la culpa necesaria («mala fe», en sentido objetivo) para que la otra parte pueda pedir la resolución del vínculo (13), en cuyo caso el mero retardo no constituye, por sí solo, razón suficiente para obtenerla, existiendo buena fe. Cierta que, entonces, el acreedor tendrá derecho a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la demora, pero no la resolución.

Hay aquí, finalmente, amplio campo para un juicio de valor, no sólo a efectos de indagar si el incumplimiento es o no imputable al deudor moroso,

(11) CASTÁN, *La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea*, Madrid, 1950; *La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas, afines*, Madrid, 1950. Es ésta una de las más fecundas directrices imprimidas al Tribunal Supremo por su ilustre Presidente.

(12) Así lo cree, por ejemplo, RICA-BARBORIS, *Illogicità degli effetti della condizione risolutiva tacita*, en *Il Foro italiano*, 1937, pág. IV, col. 128-131, según el cual, lógicamente, el efecto de la condición resolutoria tácita no puede ser nunca diverso del efecto propio de la condición resolutoria expresa, y por ello, en su opinión, una vez admitida la primera, haría falta establecer netamente que «para el caso de que una de las partes no satisfaga su obligación, el contrato bilateral se resuelve de pleno derecho».

(13) «Dificultad no es imposibilidad—dice la Sentencia de 10 de marzo de 1949—, y si efectivamente hubieran surgido dificultades para preparar la documentación, determinarían justo motivo para suspender o retardar el cumplimiento del contrato y para enervar la acción resolutoria si fuera ejercitada por el comprador, pero no habilitan o legitiman al vendedor que ha incumplido para optar por la disolución del vínculo contractual, pues frente a él se alzaría la *exceptio non adimpleti contractus*, implícita en el intercambio de prestaciones del convenio bilateral.»

sino también con el fin de determinar su gravedad dentro de la economía total del negocio. El arbitrio judicial puede ser así un magnífico instrumento de humanización de las relaciones contractuales, suavizando asperezas, tornando flexibles los rígidos principios de la Ley y evitando posibles consecuencias altamente dañosas o injustas (14).

Juan Bautista JORDANO

(14) Lo dicho a propósito de la facultad resolutoria tácita es, desde luego, también aplicable a la cláusula resolutoria expresa, que—según creemos—no opera automáticamente, como por el contrario sostiene RICA-BARBBERIS en el pasaje más arriba transcrito. Buena prueba de ello es lo dispuesto en el artículo 1.504 C. c., examinado ya en el texto. En el mismo sentido, vide C. A. FUNAIOLI, *Effetti della clausola risolutiva espressa*, en *Il Foro italiano*, 1949, pág. IV, col. 81-89. *Contra*: GAUDENZI, *Clausola risolutiva espressa e adempimento tardivo*, *ibidem*, 1948, pág. IV, col. 7-19, y *Ancora sulla clausola risolutiva espressa e l'adempimento tardivo*, *ibidem*, 1949, pág. I, col. 101-106.

Muy diversa es la cosa cuando para la ejecución se estipula un término esencial en el interés del acreedor, pues entonces el eventual retardo en el cumplimiento (*mora solvendi*) tiene respecto de aquél consecuencias semejantes a las del incumplimiento, en tanto en cuanto que el retraso priva de todo valor a la prestación, haciendo desaparecer el fin económico-social (causa) del contrato: es el caso del «negocio a fecha fija» (*Fixgeschäft* de la doctrina alemana). De él se hace eco, entre otras, la Sentencia de 10 de diciembre de 1947 cuando dice en uno de sus considerandos que «las causas de extinción de las obligaciones no están señaladas de modo exhaustivo en el artículo 1.156 del Código civil, según dijo ya esta Sala en Sentencia de 5 de diciembre de 1940, y entre otros modos cancelatorios, no comprendidos en dicho precepto legal, cabe incluir el de haber expirado el plazo de aquellas obligaciones que no son susceptibles de prestación tardía por haber sido elevado a la categoría de condición esencial el cumplimiento imperioso en una fecha o período de tiempo determinados, como momento único en que la prestación puede rendir el provecho o utilidad que los interesados persiguen al celebrar el contrato, y en estos negocios a fecha fija, vencido el plazo sin que la obligación haya sido cumplida, surge la mora del deudor, a efectos de reclamación de daños y perjuicios, sin necesidad de intimación por parte del acreedor, según prescribe el artículo 1.100 del Código civil; pero ya no es posible exigir eficazmente el cumplimiento de la obligación, tanto porque jurídicamente había fenecido, como porque el cumplimiento extemporáneo, además de contrariar los términos del consentimiento dado, podría prestarse a especulaciones del acreedor que quisiera aprovecharse de una alteración de las circunstancias contractuales, determinante de un mayor lucro para él a costa del deudor, agravado en su responsabilidad con una prestación excesivamente onerosa, o, a la inversa, podría llevar a un lucro ilícito del deudor en el supuesto contrario de alteración sobrevenida que le favoreciera a él y perjudicase al deudor». Según se desprende de la Sentencia de 10 de marzo de 1949, antes referida (vide nota 8), en los negocios a fecha fija, en los que la prestación tardía no rinde la finalidad perseguida, aun el mero retraso temporal y justificado es suficiente para romper el pacto, en virtud de la facultad resolutoria de artículo 1.124.

Sobre el término esencial, vide NICOLA, *Termine essenziale e mora debendi*, en *Il Foro italiano*, 1944-1946, col. 933-935; NATOLI, *Il termine essenziale*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1947, I, págs. 221-240; MESSINGRO, *op. cit.*, págs. 466-490.

2. Sociedad civil irregular (*)

SENTENCIAS 12 Y 28 JUNIO 1950

DOCTRINA LEGAL

Sentencia 12-VI-1950: *Aunque los artículos 1.667 y 1.668 del Código civil exigen terminantemente la escritura y en inventario de los inmuebles, bajo sanción de nulidad del contrato, para que se pueda constituir la sociedad civil cuando a ella se aporten bienes de aquella clase, estos preceptos substantivos, subordinados al fundamental principio acogido por el artículo 1.278 del mismo cuerpo legal, no privan de eficacia para los contratantes a los contratos que celebrados válidamente conforme al mismo les obligan, aunque con relación a terceros, por incumplimiento de los expresados requisitos, la sociedad de hecho carezca de existencia jurídica y de efectos.*

Sentencia 28-VI-1950: *El artículo 1.668, subordinado a la genérica disposición del 1.278, no priva de eficacia para los contratantes a los contratos en los que se haya cumplido el requisito que exige, aunque la sociedad de hecho sin él constituida carezca de existencia jurídica y de efectos, con relación a terceros.*

COMENTARIO

1. En las dos sentencias se contempla el supuesto de una sociedad en cuya constitución se incumplieron las formalidades legales, y se le llama «sociedad de hecho», afirmandose que produce efectos entre los socios aunque carezca de eficacia en relación a terceros.

No queda agotado en esta escueta fórmula el régimen al que la llamada sociedad de hecho debe quedar sometida; ni siquiera puede afirmarse que tal fórmula ha de aplicarse en todo su extremismo.

Los problemas fundamentales que esas sociedades plantean, hacen necesario precisar más su regulación.

Es nuestro propósito sentar las bases que reputamos esenciales, respecto al régimen de tales sociedades. Para ello hemos de servirnos de los no muy abundantes materiales que estas dos sentencias, junto con algunas otras, proporcionan, cubriendo las faltas con una elaboración dogmática que nos obligará a depurar diferentes teorías, a fin de escoger, dentro del pensamiento de los autores, aquello que consideramos más sólido y adecuado a nuestro Ordenamiento civil.

Hay que advertir que la doctrina ha elaborado la figura de la sociedad irregular, dentro del ámbito mercantil. Al aplicar los principios doctrinales mantenidos en referencia a aquellas sociedades a la sociedad civil irregular, no pueden olvidarse las diferencias que el régimen de las sociedades presenta en uno y otro Ordenamiento, sino que tendrán que ser tomadas muy en cuenta para precisar si lo que respecto a la primera de ellas se sustenta tendrá o no validez para la otra.

(*) El resumen de los Antecedentes y Motivos del recurso, junto con los Considerandos de ambas Sentencias, pueden verse en este ANUARIO.

2. El primer interrogante que nos aparece es el determinar si la denominación de «sociedad de hecho» que el Supremo usa es apropiada. Y la respuesta debe ser, a nuestro juicio, negativa.

La sociedad en la que no se cumplieron algunas de las formalidades prescritas por la Ley para su constitución, debe llamarse irregular. Fué la doctrina francesa quien popularizó la designación «sociedad de hecho». Pero la dogmática moderna, de modo especial la italiana, rechaza esa terminología. Y puede decirse que hoy ya no puede llamarse sociedad de hecho a la irregular sin sembrar confusiones.

La terminología ha quedado precisada en este último cuarto de siglo por obra de la doctrina italiana (1). Los autores han expuesto—a veces, con exagero—las diferencias que separan las sociedades de hecho de las irregulares. Advierten unos que sociedad de hecho viene a significar que tal sociedad no produce efectos jurídicos (2). Otros llegan a afirmar que la fórmula «sociedad de hecho» resulta, por demás, desafortunada, porque hace pensar en la creación de una sociedad por medio de un hecho involuntario (3). Pero, dejando aparte las críticas más extremas, ha quedado sentada como clara diferencia entre uno y otro tipo de sociedad la siguiente: existe sociedad irregular cuando habiendo acto constitutivo no se cumplieron todas las formalidades prescritas en la Ley para la constitución; por el contrario, en la sociedad de hecho no llegó a haber acto constitutivo (4).

El Tribunal Supremo español, tal vez por influencia de la dogmática francesa, que tuvo acogida en algunos mercantilistas de nuestra Patria, acepta la equiparación entre sociedad de hecho e irregular, y si bien en las sentencias que comentamos apenas habla de sociedades de hecho; en otras emplea, indis-

(1) Párecenos que fué ZOLA (*La società di fatto*, Turín, 1929, pág. 6) el último autor que admitió en Italia la equiparación entre sociedad de hecho e irregular. Antes de él, BONELLI (*Sulla teorica delle società irregolari*, en «Rivista di Diritto Commerciale», 1906, I, páginas 9-59 y 112-166, concretamente, pág. 10), usando como norma general el término «irregular», no dejó de emplear alguna vez con el mismo sentido el de «sociedad de hecho». Y VIVANTE (*Tratato di Diritto Commerciale*, vol. II, 5.ª ed., Milán, 1923, págs. 50-80, concretamente, pág. 50) admitía la designación «sociedad de hecho», si bien haciendo constar que era mucho más apropiada la de «sociedad irregular». Pero en conjunto, la doctrina italiana—que ha sido la que con más detenimiento se ocupó del tema—ha negado constantemente tal equiparación.

Tradicionalmente, la doctrina francesa vino llamando sociedad de hecho a la irregular, sin incluir dentro de este concepto a aquella sociedad que con todo rigor debiera llamarse «de hecho». (Vid., por todos, HENARD: *Théorie et pratique des nullités de sociétés de fait*, París, 1906.) Pero modernamente se ha extendido ya el concepto, incluyendo dentro de él no sólo la sociedad irregular, sino también la verdadera sociedad de hecho, en la que no existe acto constitutivo. (Cfr. PLANIOL: *Traité Élémentaire de Droit civil*, 3.ª ed., tomo X, París, 1949, págs. 931-932.)

En Portugal la equiparación entre sociedad de hecho e irregular es frecuente en la doctrina. Vid., por todos, PÍSTO COELHO: *O problema das sociedades irregulares*, en «Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa», IV, 1947, págs. 100 y sigs.

(2) Así, DOMINICO: *Il problema delle società irregolari nel Diritto positivo e nella prossima codificazione*, Roma, 1929, pág. 37.

(3) Por ejemplo, MANARA: *Società commerciali*, Turín, 1904, vol. II, pág. 361.

(4) Cfr. DE GREGORIO: *La società irregolari ed i creditori sociali*, en «Foro italiano», volumen LIX, 1934, págs. 226-236, concretamente pág. 229; SALANDRA: *La società irregolari nel Diritto vigente*, 2.ª ed., Roma, 1935, pág. 15; etc.

tintamente, las dos expresiones e, incluso, en alguna habla tan sólo de sociedad irregular (5).

En cambio, los mercantilistas españoles contemporáneos llaman irregulares a estas sociedades, descartando—bien expresamente, o bien sin mencionarla—la designación «sociedad de hecho» (6).

Así, pues, consideramos que se debe reservar la denominación de sociedad irregular para aquella en la que, existiendo un contrato creador, no se observaron todas las formalidades legales necesarias para su constitución. Y se reservará el nombre de sociedad de hecho para aquella en que no existe convenio entre los socios, sino que, simplemente, se reúnen en vista de un fin común sin necesidad de más requisitos. Como dicen los autores alemanes, existen en este tipo de sociedad una serie de declaraciones paralelas que no llegan a encontrarse en un punto para formar un ente jurídico diferente de la suma de personas que lo integran (7). La terminología que Rubino propone para designar las llamadas asociaciones de hecho nos parece que es también adecuada para las sociedades de esta clase: sociedad no reconocida (8). No cabe pensar, como afirmó algún autor (9), que la diferencia entre la sociedad de hecho y la regular ha de encontrarse en el fin: moral en la primera y de lucro en la segunda; no cabe desconocer que la sociedad de hecho puede perseguir un fin de lucro, y la regular, a su vez, un fin moral (10). Frente a la sociedad, regularmente constituida, la de hecho y la irregular aparecen diferenciadas, atendiendo al acto constitutivo que en la primera de estas dos falta y en la segunda existe, si bien no se observaron al crearlo las prescripciones formales exigidas por la Ley.

Queda así sentado el criterio terminológico que parece más correcto: él obliga a llamar sociedad irregular a aquella que el Supremo conoce también con el nombre de sociedad de hecho.

Percorrida esta etapa, podemos dar ya un paso más para precisar cuándo estas sociedades surgen y así poder, después, determinar cuál debe ser su regulación.

3. El caso típico de irregularidad lo constituye la sociedad en cuya constitución no se observaron las formalidades que la Ley prescribe para ese acto.

En la sociedad civil, el Código sólo exige formalidades cuando se aportan bienes inmuebles o derechos reales. En esa hipótesis, el artículo 1.667

(5) Hablan de sociedad de hecho o irregular las Sentencias de 15 octubre 1940 y 16 abril 1942; simplemente de sociedad irregular, la de 3 enero 1906.

(6) Cfr. URANDE: *Sociedades mercantiles irregulares en el Derecho español*, en «Revista de Derecho Privado», 1944, págs. 123-136; POLO: *Sociedades mercantiles* (comentario a la Sentencia de 14 de febrero de 1945), en «Revista de Derecho Privado», 1945, págs. 327-333; GIRÓN: *Sociedades civiles y sociedades mercantiles*, en «Revista de Derecho Mercantil», 1946, página 352, y 1947, págs. 56 y sigs.; GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, tomo I, volumen I, Madrid, 1947, págs. 451-456; LANGLE: *La compañía mercantil irregular*, en «Revista de Derecho Mercantil», 1950, págs. 7-31; etc.

(7) KUNTZE: *Festschrift für Müller*, Leipzig, 1892, pág. 43; KOHLER: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, Berlín, 1906, pág. 347; LAUBER: *Die Rechtliche Natur der Vereinsatzung*, Dresde, 1910, págs. 4-5; etc.

(8) RUBINO: *Le associazioni non riconosciute*, Milán, 1940, pág. 1, nota 1.

(9) GIOVENE: *Le associazioni di fatto nel Diritto privato*, Milán, 1914, pág. 3-6.

(10) En este sentido, FERRARA: *La posizione delle associazioni non riconosciute*, Nápoles, 1915, pág. 4, y BRUGI: *Le associazioni di fatto nel Diritto privato*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 1915, I, págs. 570-576, concretamente pág. 573.

impone como necesaria la escritura pública y el 1.663, la necesidad de confeccionar un inventario que ha de unirse a la escritura.

Por tanto, el supuesto de irregularidad en la sociedad civil que presenta interés es el de aportación de inmuebles—caso contemplado en las sentencias que comentamos—, sin observarse lo referente a escritura e inventario determinado en los artículos 1.667 y 1.668.

Las exigencias de estos preceptos, pregunta Castán (11), ¿constituyen una forma solemne a que ha de someterse el contrato de sociedad, o son simplemente una aplicación de los de la Ley Hipotecaria y del sistema general desenvuelto por el Código en los 1.278 a 1.280?

Los anotadores del «Enneccerus» (12) advierten que en tanto en cuanto los artículos 1.667 y 1.668 exigen la escritura y el inventario, no parece se puedan invocar los 1.278 a 1.280, toda vez que en el 1.668 se establece como sanción la nulidad. Mas Pérez y Alguer hacen notar que una cosa es la aportación efectiva de presente y otra la promesa de aportar. La sociedad existe desde que se da la promesa de aportación, ya que el artículo 1.665 dice que «la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas *se obligan* a poner en común...», y el 1.681, apartado 1.º, establece que cada socio es deudor a la sociedad de lo que ha prometido aportar a ella, expresiones que contrastan con las relativas a la aportación de presente que se acusa en los 1.667 y 1.668. No hay inconveniente—siguen afirmando los anotadores—en admitir la figura de una sociedad que se constituye con los créditos relativos a las aportaciones, pues los créditos son bienes, sin duda alguna. Esta afirmación no se opone al texto del artículo 1.667, pues que con ella se viene a decir que la necesidad de la escritura sólo surge en el momento de la aportación efectiva de los inmuebles y no desde la promesa de aportación. Más dificultades levanta el conciliarla con el 1.668 que declara nulo el contrato si no se hace inventario. En todo caso, el Supremo ha resuelto el problema en el terreno práctico, afirmando que a pesar de su tenor literal esos artículos están subordinados a la regla general del 1.278. De esta forma, la regla de nulidad establecida por el 1.668 viene, en la práctica, a carecer de valor.

En numerosas sentencias vemos confirmado ese criterio.

En la de 2 de diciembre de 1902 se afirma que el contrato de sociedad que consta por documento privado es válido y obligatorio, pues el precepto del artículo 1.667 está subordinado al 1.278, por lo cual la validez y eficacia de la sociedad será indiscutible para los otorgantes, aun cuando no lo hayan elevado a escritura pública. La de 7 de febrero de 1905 hace notar que tratándose de una sociedad, su validez y eficacia será indiscutible para los otorgantes, aun cuando no la hayan elevado a escritura pública, según previene el artículo 1.667, por estar éste subordinado a la regla general del 1.278. La de 5 de mayo de 1922 dice que si en la constitución de una sociedad no se han guardado las formalidades legales, dado el hecho de que la sociedad ha tenido existencia efectiva realizando el objeto y fines para que se creó, no es posible negar la validez de semejante contrato sin desconocer que ha producido ob'i-

(11) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 3.ª ed. (Notarías), tomo III, Madrid, 1944, págs. 256-257.

(12) PÉREZ ALGUER en notas al Tratado de ENNECCERUS, tomo II: *Derecho de Obligaciones*, vol. II, Barcelona, 1935, pág. 386.

gaciones y acción en juicio, cualquiera que fuera la forma de constituirse, conforme establece el artículo 1.278, al que el 1.667 está subordinado. La de 11 de mayo de 1922 recalca nuevamente esa subordinación del 1.667 al 1.278, añadiendo que el documento privado obliga a los contratantes aun cuando se hayan aportado inmuebles a la sociedad. La de 25 de octubre de 1926 establece que si bien la falta de la escritura prevista en el artículo 1.667 no impide las acciones mutuas que competen a los socios, incluso la de compelerse a cumplir esa formalidad para el éxito de ellas hay que partir de la existencia del convenio, probado de manera evidente que demuestre la concurrencia de los requisitos esenciales, tanto personales como reales, no bastando deducciones de hechos aislados y presunciones falibles, incumbiendo la prueba al que reclama el cumplimiento de las obligaciones. La de 15 de octubre de 1940 advierte nuevamente que es suficiente la concurrencia de los requisitos esenciales, sin necesidad de los formales, para que surta efecto la sociedad como irregular o de hecho entre los contratantes. La de 16 de abril de 1942 vuelve a insistir en el hecho de que el contrato de sociedad carente de los requisitos formales exigidos por la Ley surte efectos entre las partes como sociedad irregular o de hecho. Por último, la de 14 de febrero de 1945 reafirma que si el contrato de sociedad reúne los elementos esenciales, ninguna razón puede haber para que no surta efectos entre los socios que lo otorgaron, aun cuando no se hubieran cumplido las prescripciones de forma.

Es sabido que, conforme lo que establecen los artículos 1.278 y 1.279, la forma no es condición esencial del contrato, pues si los contratantes pueden compelerse recíprocamente a llenarla desde que exista el consentimiento y demás requisitos para su validez, esto supone ya un efecto obligatorio del mismo y hace comprender que aquél era ya perfecto (13). El defecto de forma no priva al negocio de efectividad cuando las partes lo cumplen de mutuo acuerdo. E incluso el Supremo no exige que para reclamar el cumplimiento contractual se ejercite una acción previa reclamando que se eleve a escritura, pues considera que el artículo 1.278 no impone esa precedencia de acciones, pudiendo, por tanto, pedirse que se cumpla lo convenido aun antes de exigirse el otorgamiento de la escritura (14). Ahora, bien, esto no significa que la exigencia formal de los artículos 1.279 y 1.280 carezca de sentido, pues tal exigencia, aun cuando no afecte al vínculo, afecta a otras consecuencias que el des-

(13) Cfr. CASTÁN: Op. cit., tomo II, Madrid, 1943, págs. 623-625.

(14) Las Sentencias de 4 julio 1899, 18 junio 1902, 13 enero y 10 octubre 1904, 9 abril 1908 y 11 marzo 1933 afirman que el artículo 1.280 no modifica el 1.278 y su alcance no es otro, conforme al 1.279, que poderse compeler recíprocamente los contratantes a elevar el contrato a escritura. Las de 22 octubre 1914 y 10 junio 1941 advierten que la facultad del artículo 1.279 presupone que al solicitarla el contrato reúna los requisitos exigidos por el 1.261. Las de 3 mayo 1897 y 1 marzo 1932 hacen notar que el artículo 1.279 consigna una facultad y no una obligación a favor de ambos contratantes, sin que el no haber hecho uso de ella enerve la acción que les corresponde. Las de 12 mayo 1897 y 1 julio 1911 declaran que lo prescrito en el artículo 1.279 no desvirtúa la fuerza obligatoria de los contratos cuando las partes los cumplan antes de elevarlos a escritura, creando así un estado de derecho que afecta a extraños si no hacen derivar su acción de algún título más privilegiado o inscrito. Las de 4 julio 1919 y 19 octubre 1901 establecen que la facultad de instar a llenar la forma legal no es necesario que se ejercite antes de la demanda sobre el cumplimiento del contrato. La de 9 abril 1935 indica que la no elevación a escritura no puede servir a los contratantes, ni menos a los terceros, para negar la existencia y realidad del contrato cuando conste justificada por elementos de prueba admisibles en derecho.

arrollo de las obligaciones puede tener en el orden jurídico, entre las que destacan los efectos contra terceros (15).

Quedando, pues, los artículos 1.667 y 1.668 sometidos al régimen que establece el 1.279, hay que preguntar cuál será el valor de la sociedad constituida sin haberse observado las prescripciones formales que en esos artículos se establecen. Repetimos que el problema se presenta sólo en la sociedad civil, a la que se aportan inmuebles, pues sólo en esa hipótesis es exigida la escritura e inventario. Dentro de este ámbito, en el que se encuadran las sentencias que comentamos, se plantean los problemas que vamos a intentar solucionar.

4. La sanción prescrita por la Ley francesa, en caso de falta de forma al constituirse una sociedad, es la nulidad. Esa nulidad es entendida por la doctrina como un derecho de los socios, y sólo de ellos, a anular el contrato produciendo, además, el efecto de no permitir que nazca la personalidad jurídica. En este sentido Hemard (16) afirma que la «sociedad de hecho» es una sociedad que, adolecendo de un vicio de nulidad, va funcionando, a pesar de él, durante un período de tiempo y reclama una especial disciplina; no es nula más que para el futuro, porque como ha vivido debe mantenerse su pasado.

Los autores italianos han reaccionado contra esa calificación de nulidad, advirtiendo, con acierto, que una nulidad que sólo pueden invocarla los socios y que carece de efecto retroactivo es todo menos nulidad (17). Y, unánimemente (18), afirman que la sociedad irregular no es inexistente ni nula, produciéndose ciertas sanciones tan sólo en vista de la irregularidad, pero teniendo el contrato pleno valor «inter socios» (19).

También los autores alemanes admiten la existencia de la sociedad irregular entre los socios, negando que produzca efectos contra terceros por faltarle la pública manifestación de la cual pueda desprenderse su existencia (20).

La validez de la sociedad irregular «inter socios» es admitida, también, por la doctrina portuguesa (21).

(15) Vid. PÉREZ ALGUER: Op. cit., tomo II, vol. I, Barcelona, 1933, págs. 144-152.

(16) HEMARD: Op. cit., págs. 15 y sigs.

(17) Cfr. BONELLI: Op. cit., pág. 10.

(18) Solo SOPRANO (*Punti sugli «in» in tema de società irregolare, y Ancora in tema di società irregolare*, en «Foro italiano», vol. LVI, 1931, págs. 453 y sigs., y «Foro italiano», volumen LVII, 1932, págs. 485 y sigs.) forma excepción dentro de esta corriente.

(19) Cfr. MANARA: Op. et loc. cit.; BONELLI: Op. cit., pág. 165; VIVANTE: Op. cit., página 56; DE GREGORIO: Op. cit., pág. 232; SALANDRA: Op. cit., págs. 50-51, y *Società oculta. Regularizzazione forzata e scioglimento di società irregolare*, en «Foro italiano», vol. LXI, 1936, págs. 92-95; ANGELONI: *La rappresentanza della società irregolari e i limiti dell'oggetto sociale*, en «Rivista di Diritto Commerciale», 1908, I, págs. 490-493; RAVA: *Associazione in partecipazione e società irregolare*, Milán, 1938, págs. 17 y sigs.; BENNETTINI: *Società di fatto, società irregolare e società apparenti*, en «Il Diritto Commerciale», 1939, págs. 1-3; ROTONDI: *Contrato de sociedad y Ente social en la reforma de los Códigos*, en «Revista de Derecho Privado», 1941, págs. 438-444; etc.

(20) Vid., por todos, HÖNIGER: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, volumen LXXXIV, pág. 464.

(21) Cfr. PINTO COELHO: Op. cit. FERRER CORREIA «*Sociedades fictícias e unipessoais*», Coimbra, 1946, págs. 22-24. Presenta un esquema de las diferentes directrices doctrinales: 1), la sociedad irregular es válida hasta tanto que se decreta su anulación por Sentencia, teniendo entre tanto existencia provisoria frente a terceros; 2), la sociedad irregular está afectada de un vicio que es preciso sanar para evitar así la anulabilidad; 3), la forma es condición esencial, si no de la existencia de la sociedad entre socios, si de su existencia frente a terceros.

En España, los autores y la Jurisprudencia—citados ya unos y otra—, admiten sin vacilaciones la validez y eficacia de la sociedad irregular entre los socios.

Reconociendo el Supremo esa eficacia «inter socios», ninguna duda se presenta sobre este punto en el terreno práctico. Y, como la doctrina demuestra, debe reconocerse, también, que esa solución resulta justa en el orden teórico.

Según afirman las sentencias que comentamos, la sociedad irregular produce plenos efectos entre los socios, pero no frente a terceros.

¿Qué alcance debe concederse a esa falta de efectos en relación a terceros? A nuestro juicio, sólo éste: que no les puede afectar un contrato en cuya celebración no intervinieron y de cuyas partes no son herederos (art. 1.257), es decir, que no pueden verse afectados por un contrato frente al cual permanecen extraños (22).

Pero esto no quiere decir que los terceros que contratan con la sociedad puedan después incumplir impunemente los contratos. Ya advertía la sentencia de 3 de enero de 1906 que la sociedad irregular puede exigir del tercero el cumplimiento del contrato que con él celebró.

Los terceros pueden exigir y están obligados a cumplir lo que con la sociedad irregular pactaron. Pero para que esta sociedad pueda reclamarles—como organismo social y no como agrupación solidaria de acreedores—ese cumplimiento no basta que uno de los socios, sin más, contraten. Es necesario que los terceros conozcan la existencia de esa sociedad por medio de pruebas unívocas que, objetivamente, hagan nacer en ellos la fundada presunción de haber contratado con una sociedad (23).

Considera Angeloni (24) que el objeto social marca el límite máximo a que puede legítimamente extenderse la actividad jurídica y económica de la sociedad. Los terceros que llegan a conocer la existencia de la sociedad irregular han de saber también cuál es su objeto, porque quien conoce el ente conoce sus elementos esenciales. Por tanto, la validez de los contratos celebrados entre una sociedad irregular y los terceros sólo podrá sustentarse por las partes cuando esos pactos se hayan mantenido dentro de los límites que el objeto social impone.

Salandra (25) hace notar que la falta de publicidad no priva totalmente de efectos respecto a terceros a la sociedad irregular. Estos pueden conocer su existencia por diferentes medios; y serán precisamente esas manifestaciones de la acción social las que determinarán los efectos frente a terceros. El valor y eficacia de la sociedad irregular respecto a terceros viene marcado por la «notoriedad», por la «apariencia de sociedad». Y esa apariencia no puede reducirse al elemento subjetivo de la buena fe; es preciso, también, que junto a aquél presente un carácter objetivo.

Hemard (26) criticó la doctrina de la apariencia aplicada a la sociedad irregular, afirmando que con ella se haría prevalecer la situación aparente sobre las normas de publicidad legal referentes a la constitución de la sociedad, lo cual podría conducir incluso a atribuir efectos jurídicos a una sociedad ilícita.

(22) En este sentido, BONELLI: Op. cit., pág. 165, y LANGLE: Op. cit., pág. 16.

(23) Cfr. BENETTINI: Op. cit., pág. 2.

(24) ANGELONI: Op. cit., pág. 491.

(25) SALANDRA: *Le società irregolari nel Diritto vigente*. Cit., págs. 50-63.

(26) HEMARD: Op. cit., pág. 521.

Semejante crítica no puede prosperar. No es que la apariencia triunfe sobre las normas de publicidad legal; es que viene a conseguir el efecto de aquéllas. Por otra parte, no existe el peligro de conceder efectos a una sociedad ilícita porque la apariencia sólo puede tener valor cuando se refiere a una situación jurídica no prohibida por la Ley.

Por tanto, la sociedad irregular nos parece como válida y eficaz entre los socios y sin que el contrato social, desprovisto de la forma establecida en la Ley, pueda producir efectos contra terceros. Pero éstos están obligados a cumplir y pueden exigir de la sociedad el cumplimiento de lo que con ella pactaron, siempre que tales pactos se hayan hecho conociendo el tercero la existencia de la sociedad (que en virtud de su «notoriedad» aparece de modo objetivo a quienes con ella quieren contratar), sin faltar a la buena fe contractual y dentro de los límites que el objetivo social impone.

En estos términos creemos que deben ser interpretadas las palabras de las sentencias que nos ocupan, cuando afirman que la sociedad irregular tiene eficacia entre los socios y carece de ella frente a terceros.

5. Pero ese insistir en su eficacia «inter socios» y su falta, respecto a terceros, viene a poner de manifiesto otro punto que constituye un problema de la mayor trascendencia y al que el Supremo ha dado una solución que consideramos lógica y justa.

Nos referimos a la falta de personalidad jurídica de la sociedad irregular civil.

Incluso en el ámbito comercial, hoy, la doctrina sostiene la falta de personalidad jurídica de la sociedad irregular. Vivante (27), que atribuyó a la sociedad irregular el carácter de sujeto de derecho con personalidad jurídica pensando que el contrato y la personalidad nacen al mismo tiempo, ha rectificado y precisado esta posición. La teoría de Dominado (28), que concedía a la sociedad mercantil irregular la categoría de sujeto de derecho con personalidad jurídica restringida o aminorada, no encontró fortuna en la doctrina y fué desvirtuada posteriormente por su autor. Ni tampoco consiguió favor dogmático el pensamiento de Manara (29), que aun negando personalidad jurídica a la sociedad irregular reconocía en ella la existencia de un ente colectivo, que frente a terceros se presentaba con valor distinto al de la persona de los socios.

Hoy es admitido que en caso de irregularidad en la constitución social el contrato tiene valor entre los socios, pero no hace surgir un ente con personalidad jurídica, si bien no deja de producir ciertos efectos respecto a terceros.

Los mercantilistas españoles deducen del artículo 116, párrafo 2.º del Código de Comercio la falta de personalidad jurídica de la sociedad irregular mercantil (30).

El propio Tribunal Supremo ha negado esa personalidad, de modo explícito, a las sociedades irregulares. Así, en la sentencia de 15 de octubre de 1940, se nos dice que si bien con relación a tercero la sociedad civil con aportación de inmueble *no surge con personalidad independiente* de la de los socios mientras

(27) VIVANTE: Op. cit., pág. 54.

(28) DOMINADO: Op. cit., pág. 6.

(29) MANARA: Op. et loc. cit.

(30) UYANDE: Op. cit., pág. 130; GARRIGUES: Op. et loc. cit.; LANGLE: Op. cit., páginas 17-18.

no se eleva a escritura, es suficiente la concurrencia de los requisitos esenciales del contrato para que este surta efectos como sociedad irregular o de hecho entre los contratantes. Y la de 6 de abril de 1942 afirma que la falta de requisitos formales que el Código establece para el contrato de sociedad, *impide el reconocimiento de la personalidad jurídica social*, frente a los terceros, pero entre las partes surte efectos como sociedad de hecho o irregular por concurrir todos los requisitos esenciales a esa clase de contratos.

Creemos que ambas sentencias vienen a probar inequívocamente la afirmación que hacíamos en el comienzo de este número: cuando el Supremo insiste en la eficacia de la sociedad irregular «inter socios» y en la falta de ella frente a terceros quiere manifestar que el contrato de sociedad, como contrato en sí, y de acuerdo con el párrafo 1.º del artículo 1.257, sólo produce efectos entre partes y herederos, sin que nazca frente a terceros un ente social con personalidad jurídica autónoma diferente de la de los socios.

Y afirmábamos que esta solución era lógica y justa.

Así es, porque si bien las formalidades exigidas para la constitución de la sociedad no son necesarias a la eficacia del contrato, sí son condiciones legales para el reconocimiento de la personalidad jurídica social. Tales formalidades representan uno de los términos del proceso que la Ley exige para atribuir personalidad al organismo social (31).

Rotondi (32) hace notar que la no admisión de la personalidad jurídica en las sociedades irregulares no sólo deriva de la repugnancia que causaría concederla cuando no se cumplen las formalidades legales, sino también de la falta de equidad que representaría la formación de un patrimonio social sobre el que se concentrase una injustificada preferencia de los acreedores sociales frente a los individuales de los socios.

6. Este último argumento nos lleva a tocar en un punto central dentro de la regulación de la sociedad irregular: la preferencia de los acreedores sociales, frente a los individuales, sobre el patrimonio social.

Considera De Gregorio (33) que no siendo nula la sociedad irregular y respondiendo ésta frente a los terceros que con ella contratan falta fundamento para admitir la responsabilidad ilimitada de los socios, pues la responsabilidad del patrimonio social es suficiente para proteger los intereses de los terceros, siempre que hayan pactado con la sociedad como ente social.

Este modo de argumentar podría ser correcto si en el supuesto en cuestión sólo hubiera que apreciar el interés de los acreedores sociales. Pero así se olvida otro interés no sólo tan importante sino, incluso, de mayor valor: el de los acreedores individuales de los socios. De esa forma, una solución que sólo toma en cuenta un interés, y no precisamente el prevalente, no puede ser admitida.

En efecto, conceder tal preferencia a los acreedores sociales sobre el patrimonio de la sociedad irregular equivale a posponer a los acreedores individuales de los socios. Y esta posposición, como afirma Rotondi (34) es contraria a la equidad.

Aunque, el acreedor social contrate con la sociedad de buena fe y con ex-

(31) Cfr.: FERRER CORREIA: Op. cit., pág. 37, y LANGLE: Op. cit., pág. 15.

(32) ROTONDI: Op. cit., pág. 441.

(33) DE GREGORIO: Op. cit., pág. 236.

(34) ROTONDI: Op. et. loc. últ. cita.

cusable ignorancia de su irregularidad, no empleó toda la posible diligencia. Es cierto que en la vida práctica quienes desean contratar con una sociedad no acostumbran a prevenir posibles irregularidades, dispensando el comprobar si se cumplieron o no al constituirla todos los requisitos formales exigidos por la Ley. Sería contrario al desenvolvimiento del tráfico jurídico exigir semejante comprobación. Pero no cabe duda de que el acreedor social, si hubiese querido, podía adquirir exacto conocimiento de la irregularidad, indagando directamente si se cumplieron o no todos los trámites exigidos para constituir una sociedad. Si no indaga, su ignorancia será excusable, pero no cabe duda que empleando toda la diligencia y usando de su derecho hubiera podido llegar a conocer la irregularidad.

En cambio, no cabe hablar de la mínima falta de diligencia respecto a los acreedores individuales de los socios, que no pueden ni tienen que prever si su deudor vendrá a formar parte de una sociedad irregular. Nadie que sea jurídicamente capaz y tenga la libre disposición de sus bienes está obligado a dar a conocer a sus deudores las enajenaciones que realiza y los deberes que asume, ni mucho menos a comunicarles su entrada como socio en una sociedad, regular o no (35).

No cabe negar que los acreedores sociales tengan el derecho de ejecutar los bienes que componen el patrimonio de la sociedad irregular sin que los socios puedan oponerles la irregularidad. Pero no es posible admitir que ese derecho haya de triunfar sobre el de los acreedores individuales, disminuyendo de ese modo su garantía sobre el patrimonio del deudor. Los acreedores sociales podrán cobrarse sobre el patrimonio de la sociedad y, si este no llega para cubrir la deuda, también sobre el patrimonio individual de los socios; pero no con preferencia a los otros acreedores, sino con igualdad y en concurrencia con ellos. No hay razones para sostener que el privilegio de los acreedores sociales sobre los bienes de la sociedad exista cuando no se observaron al constituirla las prescripciones formales exigidas por la Ley (36).

Langle (37) considera que la doctrina de Rotondi es contraria a las exigencias de la vida comercial. Piensa que el principio de la preferencia de los acreedores sociales sobre los bienes de la sociedad—preferencia establecida también en el orden civil, según lo dispuesto por el artículo 1.699 de este Ordenamiento—es indispensable en el mundo de las relaciones mercantiles e industriales. No nos interesa discutir aquí esa afirmación; pero por lo que respecta al mundo de las relaciones civiles bien se puede afirmar que ese principio de preferencia no puede ser mantenido a toda costa, aun con quiebra de un interés que, según hemos intentado demostrar es prevalente.

Por otra parte, aun sin acudir a esta lucha de interés, cabría justificar en el terreno dogmático la responsabilidad personal e ilimitada de los socios sin que puedan hacer valer un privilegio los acreedores sociales.

Los socios de una sociedad irregular, dice Salandra (38), crean frente a los terceros la apariencia de existir una sociedad perfecta. La responsabilidad personal e ilimitada viene impuesta *ex lege* en virtud de la creación de una situa-

(35) Cfr. SALANDRA: Op. ult. cit., pág. 92.

(36) En este sentido, ROTONDI: Op. cit., pág. 442.

(37) LANGLE: Op. cit., págs. 28-29.

(38) SALANDRA: Op. ult. cit., pág. 179.

ción aparente que—contra lo que De Gregorio pretende—no presenta para los terceros que entablan relaciones con la sociedad garantías suficientes de seguridad, puesto que en ella, incluso, puede faltar el substracto real del patrimonio.

6. Esclarecido este punto, queda ya delineado, *grosso modo*, el régimen jurídico de la sociedad irregular civil.

Otros problemas de interés se presentan, pero no del valor central de los hasta ahora estudiados, sino más bien subordinados a ellos. Entrar en su estudio implicaría salir fuera de los límites de un comentario jurisprudencial. Por otro lado, muchos de ellos son más propios de la sociedad irregular comercial y no presentan la misma trascendencia respecto a la civil (39).

Por tanto, aun sin haber tratado exhaustivamente toda la materia de la regulación de la sociedad irregular civil, creemos haber presentado un cuadro de los principales problemas que plantea y un intento de resolver los que pueden constituir un primer paso para iniciar estudios más detenidos y completos sobre el tema.

La jurisprudencia proporciona una serie de bases para construir y regular la figura, acertadas y del mayor interés. Pero es necesario que, a imitación de lo que se ha hecho en otros países e incluso en el nuestro dentro del orden comercial, los civilistas vengan a llenar las lagunas y a elaborar conceptualmente la doctrina de la sociedad irregular civil. En esta elaboración nunca puede perderse de vista el juego de los intereses y las exigencias de la equidad, pues sólo así la construcción doctrinal vendrá a tener utilidad para el juzgador y le permitirá asentar las justas decisiones en un sólido edificio dogmático.

Gregorio José ORTEGA PARDO

3. Contratos mixtos y unión de contratos

SENTENCIA 27 FEBRERO 1951

ANTECEDENTES.—Se convino, por escritura pública, un contrato de arrendamiento con opción de compra, que constaba de las siguientes estipulaciones: 1.ª El propietario de las dos porciones de terreno que se expresaban, arrendaba el derecho de extraer piedras para la fabricación de cales, cemento o cualquier otro material de construcción o para otros usos, existentes en las canteras abiertas o que en lo sucesivo se abran en las mencionadas fincas. 2.ª Se comprendían en el arrendamiento los hornos, a la sazón construídos en dichas fincas, los depósitos, cobertizos y demás construcciones e instalaciones en ellas existentes. 3.ª El arrendatario quedaba facultado para explotar las canteras actualmente abiertas y abrir otras en los lugares que se de-

(39) Así, por ejemplo, el derecho de disolver la sociedad comercial irregular que a los socios pueda corresponder. (Vid. sobre este particular, el sugestivo estudio de SALANDRA, en la op. últ. cit., págs. 185-191), que en el ámbito civil habría de resolverse—de acuerdo con el artículo 1.279—en una facultad de cada socio para compeler a los demás al cumplimiento de las exigencias formales necesarias para transformar en regular la sociedad.

terminaban, así como para construir hornos en los sitios fijados, exceptuándose del derecho de extracción todo el terreno destinado a viñedo. 4.ª El arrendatario se obligaba a indemnizar los daños y perjuicios que causara en árboles, cosechas, conducciones de agua y caminos, a causa de la explotación de las canteras o de cualquier otro trabajo de la industria establecida en los terrenos arrendados. 5.ª El arrendatario quedaba expresamente facultado para levantar edificaciones, practicar excavaciones y construir instalaciones y vías de transporte, que estimara conveniente, en el terreno arrendado, así como para modificar las existentes y destinarlas al uso que le conviniera, incluso a vivienda. Pero no podría derribar las construcciones existentes sin permiso escrito del arrendador, obligándose éste—en cuanto esté dentro de su derecho—a no poner dificultades a que el arrendatario utilizara el agua de la acequia que atraviesa el terreno arrendado, para destinarla a la industria de fabricación de los materiales de construcción que arranque de las fincas descritas, no respondiendo de evicción por las reclamaciones de terceros que se formulen por tal motivo. 6.ª El arrendamiento se otorgaba por el plazo de cinco años, prorrogable a la sola voluntad del arrendatario, de cinco en cinco años, nueve veces consecutivas, si un año antes de expirar el plazo o prórroga, a la sazón vigente, no manifestaba aquél, mediante acta notarial, su propósito de darlo por terminado. 7.ª Los gastos y mejoras hechas en las fincas arrendadas pasarían a formar parte de la propiedad del arrendador. 8.ª El arrendatario podría, durante la vigencia del contrato, subarrendar, ceder o traspasar los derechos que por el mismo adquiría, respondiendo subsidiariamente del cumplimiento de las obligaciones del subarrendatario. 9.ª La renta convenida era de una peseta por tonelada de cal u otro producto elaborado con la piedra extraída de las canteras, o de cincuenta céntimos, también por tonelada de piedra, si ésta no se destina a la fabricación de cal o cemento, debiendo, en todo caso, pagar el arrendatario la cantidad de cien pesetas mensuales, aunque no llegue a esta suma la que corresponda al arrendador por los materiales extraídos durante el mes. 10.ª Para mientras esté en vigor el arriendo, el arrendador concede al arrendatario, y a quien su derecho tuviera, la opción de compra de las dos porciones de terreno objeto del contrato por el precio de 40.000 pesetas. El arrendatario podrá en cualquier momento hacer uso de la opción de compra que se le concede, y sólo deberá avisar al arrendador con un mes de anticipación como mínimum.

Inscrito el arrendamiento en el Registro de la Propiedad, se vendieron las dos porciones de terreno arrendadas y, más tarde, en uso de las facultades que para ello le concedía la estipulación 8.ª del contrato, el arrendatario cedió en favor de una Sociedad los derechos y acciones dimanantes de la escritura de arrendamiento.

Con el fin de hacer uso del derecho de opción de las dos fincas objeto del arrendamiento, la entidad cesionaria requirió notarialmente al nuevo propietario, notificándole su propósito de comprar aquéllas, y transcurrido con exceso el plazo de un mes, entabló demanda pidiendo que se dictara sentencia, condenando al demandado—como continuador de la personalidad contractual de su causante—a otorgar, en el plazo de ocho días, a partir del en que adquiriera firmeza la resolución, en favor de la entidad demandante escritura de compra-venta de las dos fincas por el precio convenido (40.000 pesetas), que debería

serle entregado en el acto del otorgamiento de la correspondiente escritura pública. También se solicitaba que se comprendiera en la venta el derecho a lizar 5.000 litros diarios de agua del caudal que circula por la acequia que atraviesa la finca en cuestión y lo demás que se menciona en los arts. 346 y 334 del C. c.

Seguido el juicio en todos sus trámites, el Juzgado estimó la demanda, condenando al demandado a que en el plazo de ocho días desde que sea firme la sentencia, otorgue escritura de compraventa, a favor de la actora, de las dos porciones de terreno por el precio de 40.000 pesetas, en los mismos términos que consta en la escritura de arrendamiento, comprendiéndose en tal venta los hornos, depósitos, construcciones y cobertizos, así como el derecho a utilizar 5.000 litros diarios de agua del caudal que circula por la acequia que atraviesa la finca, sin perjuicio de que el sobrante de esa cantidad sea utilizable por el demandado, haciendo para ello las obras oportunas en la referida acequia y estableciendo el correspondiente módulo.

Interpuesta apelación por el demandado, la Audiencia revocó la sentencia apelada, absolviéndole de la demanda contra él formulada por la actora, a la que condenó a que esté y pase por la declaración que hace la Sala, de que es nulo, con todas sus consecuencias legales y únicamente en lo que se refiere a la mención del pacto de opción de compra consignado en la estipulación 10.ª de la escritura de arrendamiento, el asiento de inscripción de dicho arrendamiento, así como también las sucesivas reinscripciones, en lo que se refiere a aquella mención exclusivamente.

Formalizado recurso de casación por parte de la actora, el Tribunal Supremo, en atinada sentencia, de la que es ponente el Magistrado D. Manuel Ruiz Gómez, lo admitió con base en los siguientes

CONSIDERANDOS.—1.º Que al pasar de la abstracción de las normas a la realidad social, las fórmulas contractuales, figuras rígidas y vacías, tienen que adaptarse al contenido económico que para el tráfico de bienes, fin de los contratos se propone llevar a ellas la voluntad de los contratantes, y a facilitar esa adaptación de las limitadas formas contractuales, previstas por la Ley o por la teoría, a la variedad de las necesidades y deseos que pueden presentarse en la realidad, responde el art. 1.255 del Código civil.

2.º Que una de las manifestaciones de la libre adaptación indicada es la posibilidad de fusión de dos formas contractuales de posible coexistencia separada, aun recayendo sobre el mismo objeto; pero que también pueden unirse, por la voluntad de los interesados, insertando una de ellas como condición, estipulación, antecedente o complemento de la otra, quedando confundidas en un solo contrato (mixto) por la unidad del fin, no del formal de las relaciones jurídicas derivadas del convenio, sino del real y concreto de las recíprocas prestaciones o promesas, causa para cada uno de ellos, en los onerosos, como es el de autos, según el artículo 1.274 del Código civil.

3.º Que de esa posible fusión de formas típicas y atípicas, no sólo por la voluntad de los interesados, mirando a la unidad del fin económico, sino por disposición de la ley, proporciona demostración práctica el Código civil, al regular, por ejemplo, el retracto convencional, en el que fusiona en uno dos contratos: el de la primera compraventa, actualmente perfeccionada por el mismo contrato, y el de la promesa de venta del comprador al vendedor, obli-

gación correspondiente al derecho de retracto, y la enfiteusis, cuyo derecho de redención a favor del censatario equivale a la promesa del censalista de ceder su dominio directo mediante el pago por aquél de lo fijado para la redención.

4.º Que en la notoria convergencia legislativa del arrendamiento de inmuebles con la enfiteusis, que ha llegado a reconocer en aquél los derechos de tanteo, retracto y aun de una especie de laudemio en ciertos casos (artículo 51 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), el derecho de opción a favor del arrendatario, comb pacto todavía voluntario, cumple el mismo fin que el de redención en la enfiteusis, de asegurarle la posibilidad de adquirir el predio mejorado por su constante trabajo durante un largo plazo, como es el de cincuenta años, por prórrogas de cinco en cinco años, a voluntad del arrendatario, derecho cuya compensación debe entenderse comprendida en la contraprestación impuesta al arrendatario del precio del arrendamiento.

5.º Que estimada, por las razones expuestas, la imposibilidad de separar del contrato de arrendamiento el derecho de opción a favor del arrendatario, convenido en la cláusula 10 de dicho contrato, la sentencia recurrida, cuyo fallo se funda exclusivamente en la consideración de constituir aquella cláusula un contrato independiente y sin relación alguna con el arrendamiento, en el que ésta se inserta, infringe el citado artículo 1.255 del Código civil, negando la libertad de los contratantes a pactar, como estipulación especial del arrendamiento, el derecho de opción, que no es contrario a las leyes, a la moral ni al orden público, y que, lejos de ello, pudiera llegar a considerarse como un pacto natural y propio del arrendamiento a largo plazo.

6.º Que estimado el derecho de opción como uno de los convenidos en el contrato de arrendamiento, por la cláusula 10 del mismo, inscrito íntegramente en el Registro de la Propiedad, según nota de inscripción puesta por el Registrador al pie del documento, sin salvedad de suspensión ni denegación de inscripción de nada de su contenido, se demuestra que la opción de compra, a la que se extendía el derecho de arrendatario, fué inscrita, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 9.º, núm. 2, de la Ley Hipotecaria, y la sentencia recurrida, al estimar que la inscripción no debió expresar esa circunstancia que señalaba la extensión del derecho del arrendatario, infringe el precepto legal citado, por su errónea interpretación, nuevo motivo para dar lugar al recurso, sin necesidad de examinar los demás alegados.

FALLO.—Ha lugar.

En su segunda sentencia, el Tribunal Supremo falló lo siguiente: 1.º Que el demandado está obligado a vender a la actora, que puede comprarlas, las dos porciones de terreno descritas en la escritura de arrendamiento, por el precio de 40.000 pesetas. 2.º Que en dicha compraventa deben entenderse comprendidos los hornos, depósitos, cobertizos y demás construcciones existentes en las dos porciones de terrero existentes en la misma. 3.º Que en la expresada venta no se comprenderá derecho alguno al uso de aguas procedentes de otros predios. 4.º Que no ha lugar, en la transmisión de las porciones de terreno expresadas, a reserva alguna, a favor del demandado, de dominio sobre agua, cauce, cajeros y márgenes de acequias y acueductos que las crucen, ni de

constitución de servidumbre perpetua de acueducto. 5.º Que no ha lugar a la revisión, liquidación y pago de rentas del arrendamiento vencidas desde 1 de abril de 1939 hasta el 30 de noviembre de 1942, sin perjuicio del derecho del demandado respecto a las vencidas posteriormente a la última fecha señalada. 6.º Que no ha lugar a la declaración de nulidad de parte alguna de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de arrendamiento.

Todo ello en méritos de la siguiente doctrina:

a) Que inscrito el arrendamiento con opción de compra a favor del arrendatario, como se dice en la anterior sentencia, cuando el demandado adquirió lo arrendado, surtía sus efectos contra éste, y, en consecuencia, es procedente el ejercicio del derecho de opción en la demanda presentada por la actora, como causahabiente por compra también inscrita del anterior arrendatario, razones que asimismo imponen desestimar la demanda de nulidad de la última inscripción, presentada por el demandado y acumulada al pleito promovido por la actora.

b) Que estando vigente el arrendamiento al presentar la demanda la actora, lo estaba también el ejercicio derecho de opción, porque éste, según la cláusula 10 del contrato inscrito, se convino «... para mientras estuviese en vigor el arriendo», y éste lo estaba, no por prórroga tácita o legal a que se refiere el último párrafo del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, sino por prórroga expresamente convenida en el contrato en su cláusula 6, que también tuvo su expresión, como se ha demostrado, en la inscripción del arrendamiento.

c) Que en cuanto a la extensión del derecho de opción respecto a su objeto, éste, según la cláusula 10 del contrato, se concedía para «... la compra de las dos porciones de terreno objeto del arrendamiento», y como el artículo 1.007 del Código civil dispone que la obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados, y accesorios de aquellas determinadas porciones de terrenos son, por disposición general del artículo 353 del mismo Código, los hornos, depósitos, cobertizos y demás construcciones adheridas a dichas porciones, acciones que, comprendidas también en el arrendamiento, según la estipulación 2.ª del contrato, deben entenderse también comprendidas en el derecho de opción de compra ejercitado en la demanda de la Sociedad.

d) Que si bien en la súplica de la demanda se pide se comprenda en la venta a que se refiere el derecho de opción, el de seguir utilizando las aguas a que se refiere el pacto 5.º del contrato de arrendamiento, es lo cierto que en tal pacto no se otorgó por el arrendador en el contrato derecho definido alguno al uso de aguas, ni en cuanto al objeto, pues no se fijaba cantidad, tiempo, origen ni uso determinado y preciso: ni en cuanto al título, ni al propio derecho del arrendatario, ya que nada se decía de ellos: ni al derecho que el arrendatario supone fué otorgado, porque la única significación que puede atribuirse en derecho a la frase de «no poner dificultades» al uso de agua no determinada es la de una obligación de no hacer, pero de ninguna manera la de otorgar un derecho cierto y determinado al uso de ciertas aguas, y como esa obligación de no hacer, personal del arrendador, se ha de extinguir por confusión (artículo 1.192 del Código civil) al desaparecer la persona de dicho arrendador por reunirse con la del arrendatario, al adquirir éste la propiedad de lo

arrendado, mediante el ejercicio de su derecho de opción de compra, es improcedente la demanda, en cuanto a la petición indicada.

e) Que el demandado no ha acreditado el dominio y ni siquiera la existencia de las casas sobre las que dice tener tal derecho, cuya reserva pide, por reconvencción, en la súplica de la demanda, reserva, por ende, improcedente, como también lo es la que pide respecto a la constitución, conforme al artículo 85 de la Ley de Aguas, de servidumbre perpetua de acueducto, cuyo establecimiento, de tener derecho a ella, se regularía, en primer lugar, por lo previsto en el Código civil (artículos 557 y sigs.), como dispone el 503.

f) Que probado el pago por la actora de las rentas vencidas por razón del arrendamiento, es improcedente la reconvencción del demandado respecto a la revisión, liquidación y pago que solicitó.

COMENTARIO

1. Con el fin de penetrar en todo su alcance la doctrina sentada en el primer considerando de esta importante sentencia de nuestro más Alto Tribunal, nos será muy útil referirnos, siquiera a grandes trazos, a la distinción entre el supuesto de hecho abstracto o legislativo y el supuesto de hecho concreto, corrientemente presentada por los autores (1).

Supuesto de hecho (*Tatbestand, fattispecie*) es el complejo de los elementos necesarios para la producción de uno o más efectos jurídicos. Supuesto de hecho abstracto es el previsto hipotéticamente por la norma, es decir, su premisa mayor, como tal genérica, comprendiendo abstractamente, por tanto, todo un conjunto de casos posibles. El supuesto de hecho concreto, o mejor aún, los diferentes supuestos concretos, ya que ninguno de ellos es exactamente igual a otro (tan cambiantes son como los propios hechos), son los de la vida jurídica, los producidos por el *ius vivens* en su continuo y multiforme devenir histórico: con otras palabras, son los que realizan y concretan, de modo siempre diferente, en el espacio y en el tiempo, la hipótesis genérica contenida en el supuesto de hecho abstracto, a manera de premisa menor, para conservar la clara terminología escolástica.

Cierto que cada *factum* de la realidad sólo muy remotamente se corresponde con el supuesto de hecho hipotizado de forma incolora por la ley, pero, a través de un proceso de simplificación (momentáneo y limitado al fin normativo), que lleva a prescindir de los elementos menores y a servirse tan sólo de los más salientes, todos y cada uno de los supuestos reales o concretos son encuadrados en el esquema abstracto de determinado supuesto de hecho típico o legislativo (2).

(1) Vide, entre otros, SCHNORR V. CAROLSFELD, *Beiträge zur Lehre v. Vergleich*, Breslau, 1929, pág. 152; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milán, 1939, páginas 3-4; ORTEGA, *Quasi-contratos atípicos*, en este ANUARIO, t. I, fase, 2, págs. 513-514.

(2) RUBINO (op. et loc. cit.) y, tras de él, ORTEGA (op. et loc. cit.) distinguen aun el supuesto de hecho concreto—que en su opinión consiste en un supuesto de hecho correspondiente al abstracto, mas pensado en su devenir histórico—de los supuestos de hecho reales. El supuesto de hecho concreto, por un lado, se separaría del supuesto de hecho legislativo por no ser concebido como parte constitutiva de la norma, y, por otro, se aproximaría al mismo porque también el supuesto de hecho concreto es simplemente pen-

La uniformidad y constancia de muchas de las necesidades que determinan los hombres a contratar, hicieron surgir en el curso de la historia modelos o tipos de contrato que la ley recogió, dibujando en abstracto sus contornos y sus efectos (3). Son los contratos nominados—sujetos a una disciplina propia y normalmente dotados de un *nomen iuris*—tipificados legislativamente (4).

Las codificaciones modernas, en efecto, con su elenco de figuras contractuales típicas, al contrario de las compilaciones romanas que preferentemente tienen el carácter de verdaderas colecciones de decisiones jurisprudenciales sobre casos prácticos, surgen como complejos de normas de conducta y tienen un valor abstracto (5). Por ello, las normas jurídicas dictadas para cada tipo de contratos sólo sirven para regular los supuestos de hecho concretos que, por la identidad de sus elementos esenciales, correspondan a los supuestos de hecho abstractos o legales (6).

La sentencia en examen, haciéndose eco de la distinción que venimos refiriendo, declara que «al pasar de la abstracción de las normas a la realidad social, las fórmulas contractuales, figuras rígidas y vacías, tienen que adaptarse al contenido económico que para el tráfico de bienes, fin de los contratos, se propone llevar a ellas la voluntad de los contratantes, añadiendo que a facilitar esa adaptación de las limitadas formas contractuales previstas por la ley

sado y, en cierto sentido, una abstracción, no creada *ex lege* como el supuesto de hecho legislativo, sino inducida por el intérprete a partir de todos los posibles supuestos de hechos reales.

Siguiendo a ELTZBACHER (*Handlungsfähigkeit*, vol. I, Berlín, 1903, págs. 18 y sigs.), creemos que, a nuestro objeto, no se debe distinguir entre el supuesto de hecho concreto y el supuesto de hecho real, y que tranquilamente se pueden atribuir al primero las características propias del segundo. Por ello asimilamos en el texto los supuestos de hecho reales y los supuestos de hecho concretos.

(3) Cfr. GALVAO TELES, *Dos contratos em geral*, Coimbra, 1947, pág. 324.

(4) GRASSETTI (*L'interpretazione del negozio giuridico, con particolare riguardo ai contratti*, Padua, 1938, págs. 167-168) distingue entre tipicidad social y tipicidad legislativa: la primera tiene por base las concepciones dominantes en la conciencia social de la época, y es individualizada por obra de la doctrina (recuérdese que la sentencia en examen habla también de «formas contractuales previstas por la teoría» junto a las previstas por la ley); la segunda tiene por base una esquematización fijada mediante calificaciones técnico-legislativas, y es individualizada por obra de la legislación.

La última es la única que tiene relevancia a efectos de saber si un determinado contrato es nominado (típico) o no. No basta que tenga un *nomen iuris* (puede no tenerlo y ser típico por estar dotado de regulación legal específica) ni que esté tipificado socialmente por obra de la doctrina científica (y de la jurisprudencia, según entiende MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3.ª ed., Milán, 1948, pág. 213, nota 2) (y de la costumbre—usos sociales y convencionales—, añadiríamos nosotros), pues entonces sería innominado, si bien en cierto sentido se pudiera considerar «típicos»: así—dice GRASSETTI (*Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, Milán, 1936, pág. 21)—, aun cuando pueda parecer afirmación paradójica, todo negocio atípico debe corresponder a un tipo (social).

(5) Cfr. DE GENNARO, *I contratti misti*, Padua, 1934, pág. 182.

(6) En el mismo sentido, SCHREIBER, *Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht*, en *Jherings Jahrbücher*, LX (1911), págs. 216 y sigs., si bien entiende que los complejos normativos legales sólo son aplicables cuando los supuestos de hecho de la práctica coincidan exactamente, hasta en la más mínima particularidad (elementos accidentales), con los previstos por la ley. Así resulta que los supuestos de hecho abstractos vendrían a constituir en realidad meras edicciones de casos concretos, restringiéndose en grado sumo el carácter general, lo más plástico posible, a que debe aspirar toda norma.

o por la teoría a la variedad de las necesidades y deseos que pueden presentarse en la realidad, responde el artículo 1.255 del Código civil.

De este modo, en virtud del principio de la libertad contractual, las partes pueden configurar a su gusto el contenido del contrato, es decir, se le consiente la autodeterminación de las respectivas cláusulas concretas, con tal que se respeten las normas legales imperativas de la disciplina general y particular de los contratos, la moral y el orden público e, incluso, están habilitadas para concluir contratos con finalidades prácticas no previstas por la ley (contratos innominados o atípicos).

Así, pues, los contratos típicos o nominados, en su plasticidad real, admiten sin perder su propio cuño o fisonomía la inserción de pactos, cláusulas o condiciones tendentes a modificar o enriquecer—siempre que permanezca inalterados los *essentialia negotii*—los efectos previstos en el ordenamiento. Pero, a veces, la calificación del convenio se torna difícil y hay dudas sobre si pertenece a esta o aquella categoría legal, o si constituye un puro contrato innominado.

2. Sin embargo, esa variada modelación de los contratos típicos en la vida jurídica y la amplia facultad de crear nuevas figuras contractuales, no agotan por completo el vasto campo reservado a la autonomía de la voluntad.

«Una de las manifestaciones de la libre adaptación indicada—dice el segundo considerando de la sentencia—es la posibilidad de fusión de dos formas contractuales de posible coexistencia separada, aun recayendo sobre el mismo objeto: pero que también pueden unirse por la voluntad de los interesados, insertando una de ellas como condición, estipulación, antecedente o complemento de la otra, quedando confundidas en un solo contrato (mixto) por la unidad del fin, no del formal de las relaciones jurídicas derivadas del convenio, sino del real y concreto de las recíprocas prestaciones, causa para cada uno de ellos en los onerosos, según el artículo 1.274 del Código civil».

Hay que añadir, por tanto, la fusión por la voluntad de los interesados de dos (o más) contratos autónomos (contrato mixto) y la simple acumulación o yuxtaposición de dos—o más—relaciones jurídicas contractuales (unión de contratos), que el Tribunal Supremo contrapone, describiendo las diferentes maneras de realizar aquella fusión y señalando un criterio seguro para determinar cuándo se está frente a una u otra categoría.

Examinaremos, por separado, cada una de estas cuestiones y aun otras más o menos directamente con ellas relacionadas.

3. Los contratos mixtos son aquellos que se cumplen fusionando o conjugando en un solo negocio prestaciones de dos o más negocios reconocidos por la ley, prestaciones en parte propias de uno o más negocios nominados y en parte nuevas, o bien prestaciones no pertenecientes a ningún tipo legal y diversas entre sí. Cuando todas o algunas de las prestaciones características de dos o más contratos se encuentran en relación de recíproca *coordinación*, tendremos un negocio mixto.

Hace falta, por tanto, que las prestaciones o elementos negociales combinados tengan ya, y conserven después de la fusión, la virtud informadora del tipo legal o social a que pertenecen, pues si a la prestación principal de un determinado negocio se añade otra prestación, mas *subordinada* a la primera, no

se estará frente a un verdadero negocio mixto, sino ante un negocio puro correspondiente a la prestación preponderante. En ese caso, la mezcla no tiene ninguna autonomía; se tratará, entonces, de un *simple* negocio nominado o innominado, según los casos.

La sentencia que anotamos habla en su tercer considerando de la «posible fusión de formas típicas y atípicas». Caben, en consecuencia, todas las combinaciones factibles, que son tres: 1.^a Fusión de diferentes prestaciones, todas ellas legales; 2.^a Fusión de varias prestaciones, unas legales y otras extralegales; 3.^a Fusión de diversas prestaciones, extralegales todas.

Cuanto a la primera no hay lugar a dudas (7). Las dificultades surgen a propósito de la posibilidad de la segunda y de la tercera combinación. Pero, como observa Rubino, si bien la primera hipótesis es la que ha suscitado mayor interés, no parece exacto excluir las otras dos del concepto de contrato mixto (8), siempre que—añadimos nosotros—cada una de las prestaciones extralegales combinadas tenga y conserve la virtud informadora de un determinado *tipo social*, ya reconocido como tal—con una disciplina propia más o menos flexible—por la doctrina o jurisprudencia y consagrado por el uso, porque entonces esa tipicidad social equivale, en cierto sentido, a la tipicidad legal característica de los contratos típicos o nominados. Por ello, no es cierto que cuando se unen—en relación de mutua coordinación—elementos no pertenecientes a negocios típicos se está en presencia de un puro negocio atípico, siendo indiferente la diversidad de los elementos que lo componen si no son propios de diferentes negocios regulados por la ley (9). Como veremos más adelante, esa diversidad no es indiferente a efectos de determinar su disciplina jurídica, verificándose el requisito a que poco más arriba nos referimos.

4. Según el T. S., existen diferentes modos de llevar a cabo la fusión de todos o, por lo menos, de parte de los elementos esenciales de dos o más contratos: insertando en una determinada forma contractual elementos caracteris-

(7) Para algunos autores los negocios mixtos se reducirían a esa combinación de diferentes elementos o formas típicas. Así, según MESSINEO (op. cit., pág. 206), los contratos mixtos se componen en su totalidad de *elementos conocidos* (elementos legales), atinentes a varios contratos nominados, si bien dispuestos en combinaciones diversas de las que pueden darse dentro de los mismos. En igual sentido se pronuncia CARIOTA FERRARA (*Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Nápoles, 1948, pág. 227), según el cual existe verdadero contrato mixto solamente cuando se unen elementos cada uno de ellos pertenecientes a un negocio típico.

(8) RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milán, 1937, pág. 52, nota 22. A su juicio pueden existir contratos mixtos aun con la simple combinación de prestaciones todas ellas atípicas. Lo mismo opina ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donacione*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1930, II pág. 465. Por el contrario, según ORTEGA (*Donaciones indirectas*, en este ANUARIO, t. II, fasc. 3, págs. 955-956), en el negocio mixto existe una mezcla de elementos legales, o legales y extralegales, pero no solamente extralegales, pues si todos los elementos fuesen atípicos el resultado sería un negocio innominado.

De acuerdo; pero el negocio formado por la combinación de dos o más formas atípicas ya consagradas por el uso, es decir, con tipicidad social (vide supra, nota 4), no se identifica con el puro negocio innominado totalmente nuevo, que ni siquiera tiene aún esa tipicidad social. Como veremos, ello tiene extraordinaria importancia a la hora de reconstruir su compleja disciplina. Vale la pena, pues, continuar hablando en este caso de negocio mixto.

(9) Así lo cree CARIOTA FERRARA, op. cit., pág. 227.

ticos de otra u otras formas contractuales, como a) condición, b) estipulación, c) antecedente o d) complemento de la misma, quedando confundidas en un solo contrato por la unidad del fin. Como se ve, la enumeración, por su gran elasticidad, puede decirse que es exhaustiva.

En cualquiera de los casos, las prestaciones o elementos correspondientes a varios moldes contractuales se conjugan o agremian entre sí en orden a la realización de una función práctica *unitaria*. El contrato mixto es, pues, un solo contrato y no se identifica con la unión o pluralidad de contratos, a la que en el lugar oportuno haremos una referencia más detallada.

5. Es muy delicado el problema de la posición de los contratos mixtos respecto de las dos grandes categorías constituidas, de una parte, por los contratos típicos o nominados, y de otra, por los atípicos o innominados.

Algunos autores, como Cariota Ferrara (10), Messino (11) y Galvão Telles (12), comprenden los contratos mixtos en el ámbito de los innominados, manteniendo la clasificación bipartita, que quedaría establecida del siguiente modo:

- 1) Contratos nominados.
- 2) Contratos innominados *lato sensu*.
 - a) Contratos innominados puros.
 - b) Contratos innominados mixtos.

Estos últimos constituirían un grupo *a se stante* dentro de los contratos innominados, perfectamente individualizable.

No participamos de esa opinión. A nuestro juicio: hay lugar para un *tertium genus* intermedio o híbrido, que forma una categoría autónoma con valor teórico y práctico, por estar sujeta a un régimen jurídico propio y, en consecuencia, munida de defectos jurídicos peculiares (12 bis).

Esto nos lleva como de la mano a tratar, siquiera muy sumariamente, del problema de la disciplina jurídica del contrato mixto.

6. A este propósito, en la doctrina se debaten el campo las tres conocidas teorías de la absorción (*Absorptionstheorie*) (13), de la aplicación analógica (14)

(10) Op. cit., págs. 227-228.

(11) Op. cit., pág. 226.

(12) Op. cit., págs. 326-327.

(12 bis) En el mismo sentido ORTEGA (*Donaciones indirectas cit.*, págs. 956 y 963): «Hay que sostener decididamente—afirma—que negocio mixto y negocio atípico forman dos categorías distintas: toda equiparación entre ambas carece de base científica». Contra: ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, en *Studi di Diritto commerciale in onore di C. Vicante*, vol. I, Roma, 1911, pág. 37, donde habla genéricamente de «contrato atípico, mixto o innominado».

(13) Vide, especialmente, LOYMAR, *Der Arbeitsvertrag*, vol. I, Leipzig, 1908, págs. 193 y siguientes, y ASQUINI, *Parte generale del trasporto terrestre di persone*, Padua, 1915, páginas 69 y sigs. Sobre esta teoría vide DE GENNARO, op. cit., págs. 173 y sigs y bibliografía ibi cit.

(14) SCHREIBER, op. cit., esp. págs. 111 y sigs. y 209 y sigs.; ARCANGELI, *Il servizio bancario delle cassette-forti di custodia*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1906, I, págs. 101 y siguientes, esp. núms. 11-13; LA LUMIA, *I depositi bancari*, Turin, 1913; *Contratti misti e contratti innominati*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1912, I, págs. 719-724; FUBINI, *Il con-*

y de la combinación (*Kombinationstheorie*) (15), no faltando tampoco quienes postulen un cómodo eclecticismo (16).

Según la primera, lo decisivo para individualizar las normas aplicables al contrato mixto es el elemento preponderante: su disciplina vendría dada por las normas que regulan el elemento que imprime carácter a todo el contrato. Para la segunda teoría, los contratos mixtos se deben equiparar a los contratos innominados puros, sujetándolos, por ende, a la disciplina propia de los mismos: aplicación directa de las disposiciones generales sobre los contratos, aplicación analógica de las disposiciones especiales relativas al contrato nominado que más se asemeje al contrato a disciplinar y, como recurso último, la analogía *iuris*. Para la tercera teoría, la disciplina jurídica del contrato mixto es la resultante de la combinación de las normas establecidas para cada uno de los negocios concurrentes y fusionados entre sí. Por último, la posición ecléctica se reduce a aplicar las diferentes teorías, según los casos (17).

A nuestro modo de ver es preferible adoptar la teoría de la combinación. La primera (teoría de la absorción) tan sólo es aplicable a los casos en que, según dejamos escrito más arriba, no existe verdadero propio contrato mixto, o sea cuando los elementos conjugados no están en relación de mutua coordinación, sino de subordinación, asumiendo uno de ellos el papel de elemento dominante frente a los demás. Como se recordará, en nuestra opinión, se requiere siempre para que haya *contrato mixto* que los diversos elementos combinados estén en un pie de igualdad.

La teoría de la aplicación analógica prescinde por completo de un factor importantísimo, que es el representado por la tipicidad legal o social de las

tratto li locazione di cose, vol. II, 2.ª ed., Milán, 1917, págs. 553 y sigs.; *Contribución al estudio de los contratos complejos (llamados mixtos)*, en *Revista de Derecho privado*, 1931, páginas 1 y sigs.; DUALDE, *La materia contractual única*, en el *Libro homenaje al profesor D. Felipe Clemente de Diego*, Madrid, 1940, págs. 25 y sigs., si bien manteniendo una postura original.

(15) HÖNIGER, *Vorstudien zum Problem des gemischten Verträge*, Freiburg, 1906, páginas 28 y sigs.; *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, Mannheim-Leipzig, 1910; MESSINA, *Scritti giuridici*, vol. I, *Negozi fiduciari*, Milán, 1948, págs. 89-90; MOSSA, *Il contratto di somministrazione*, Roma, 1915, pág. 122 nota 68; DE GENNARO, op. cit., págs. 182 y sig., si bien con restricciones. En cierta medida la aceptan también ENNECERUS: *Tratado de Derecho civil*, t. II, vol. 2, págs. 5 y sigs., y OERTMANN, *Kommentar zum B. G. B.*, vol. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlín, 1929, pág. 552.

(16) Como, por ejemplo, LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht des B. G. B.*, vol. I, páginas 325 y sigs., según el cual se debe acoger ambos métodos (el de la absorción y el de la combinación), empleando ya uno u otro, conforme la diversa combinación de elementos que se encuentre en la hipótesis a regular. Para ASCARELLI (*Contratto misto* cit., páginas 465 y sigs.), el principio de la combinación debe aplicarse en el contrato mixto cuando no sea posible llegar a la absorción, por la imposibilidad de determinar cuál de las prestaciones es la principal.

(17) Posición bastante personal es la de ORTEGA, quien declara que «no se trata de aceptar una cómoda postura ecléctica: el contrato mixto es un fenómeno complejo compuesto de diversos elementos contractuales, y es natural que su disciplina—también compleja—no pueda determinarse por un único criterio, que puede resultar simplista». Como criterio general acepta el de la combinación, propugnando el recurso al principio de la aplicación analógica tan sólo para cuando algunos de los elementos del negocio mixto sean atípicos; el principio de la absorción, o mejor aún, el de la «exclusión», jugaría en materia de requisitos de capacidad, forma e ineficacia (*Donaciones indirectas* cit., páginas 965-967).

funciones prácticas de cada uno de los negocios fundidos, con sus respectivos complejos normativos fijados por la ley o por las demás fuentes del Derecho (jurisprudencia, costumbre, usos negociales). Esos complejos se presentan como algo previamente dado que no se puede ignorar a la hora de reconstruir la disciplina jurídica del contrato mixto, tanto si exclusivamente está formado por la mezcla de formas típicas, como si lo está por la fusión de formas típicas y atípicas o, incluso, tan sólo atípicas ya conocidas, so pena de identificarlo, en cualquiera de sus tres posibles combinaciones, con el negocio totalmente nuevo, que ni siquiera tiene aún tipicidad social, como no sea en sentido negativo (no corresponderse con ninguno de los moldes contractuales consagrados extralegalmente).

Concluyendo, pues, el contrato mixto, como negocio constituido por la *combinación* de diversos elementos o formas negociales típicas y atípicas ya *conocidas*, tiene una unívoca disciplina peculiar que consiste en la combinación de las normas legales o extralegales pertinentes a los varios moldes que, fundidos, componen el contrato. Claro es que el juez o el intérprete deben, ante todo, acudir a la autorregulación de los intereses libremente escogida por las partes (arg. art. 1.255 C. c.) (17 bis), y sólo en su defecto o falta podrán recurrir al método de la combinación. Únicamente nos resta advertir que con él no queremos significar una combinación meramente mecánica, sino, más bien, la combinación hecha con criterio orgánico, «mirando a la unidad del fin económico», para repetir palabras del Supremo, porque—conviene tenerlo muy en cuenta—el contrato mixto es *síntesis* y no *suma* de diversos elementos negociales.

7. Veamos ahora qué criterio debe seguirse para determinar cuándo se está frente a una síntesis de dos o más formas contractuales (contrato mixto) o frente a una mera suma o acumulación de varios negocios (unión de contratos).

Ante todo debe advertirse que el concurso de varios negocios se ofrece como *extrema ratio*: lo normal será la unidad de las relaciones establecidas *inter partes*. Admitida ampliamente la categoría general de los contratos mixtos, hay que procurar comprender dentro de ella toda posible combinación de formas contractuales, rechazando en principio la pluralidad de negocios como resultado, a menos que exista alguna íntima razón contraria a la unificación jurídica de los diversos elementos, porque ésta tiene casi siempre a su favor el sentido lógico, el substrato económico y la utilidad práctica (piénsese, por ejemplo, en las eventuales ventajas del contrato único a efectos fiscales y, sobre todo, registrales, tan decisivos en el caso de autos). Puede decirse con Schreiber que normalmente las partes tienen un interés digno de tutela en la unidad del negocio (18).

Al margen de esa directriz general favorable a la unidad del complejo negocial, resulta difícilísimo en teoría sentar un seguro criterio distintivo, válido para todos los casos de la realidad.

Los criterios formales fallan. En efecto, la unidad de acto y la unidad del documento contractual son irrelevantes, pues no se debe excluir que *uno actu*

(17 bis) En sentido análogo. CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 6.ª ed. revisada, Madrid, 1944, pág. 404, quien recoge afirmaciones de ENNECERUS.

(18) *Op. cit.*, pág. 115.

o bajo un solo documento se concluyan dos o más negocios y, viceversa, que un mismo negocio se realice en dos momentos consecutivos o quede plasmado en más de un documento (basta pensar en la llamada reproducción del negocio jurídico) (19). Sin embargo, podrán constituir en muchos casos un indicio o principio de prueba.

También el recurso a la voluntad de las partes, presentada por algunos autores como decisiva (20), tiene una utilidad muy relativa, pues por regla general los contratantes no prevén la cuestión o no se cuidan de exteriorizar su voluntad sobre este punto.

Tampoco es prueba de la unidad la circunstancia de ser común el objeto. Esto lo reconoce implícitamente el T. S. cuando en vía hipotética admite «la posible coexistencia separada de dos formas contractuales, aun recayendo sobre el mismo objeto», que a seguir considera como unión externa de las relaciones jurídicas derivadas del convenio por la unidad del fin *formal* (objeto). Y, en verdad, que sobre una misma cosa pueden recaer distintos contratos *materialmente* (intrínsecamente) independientes entre sí, pero unidos *formalmente* (externamente) por la comunidad de su objeto.

Quedan, pues, como únicamente utilizables los criterios basados en los restantes elementos objetivos: retribución o equivalente y causa.

Según el primero, la unidad del contrato se inferiría del hecho de existir una contraprestación única frente a dos o más prestaciones características de otros tantos contratos, y la pluralidad de contratos autónomos cuando para cada prestación se fijase una retribución especial.

Así formulado, no parece que sea un criterio estable ni seguro. Con razón observa De Gennaro (21) que la unidad de contraprestación no determina sin más la unidad del contrato; será en todo caso un elemento de juicio no despreciable, pues, por lo general, los contratantes suelen establecer la contraprestación conforme a su deseo sobre la unidad o pluralidad del negocio: si sólo se pacta una contraprestación, el contrato será único, salvo prueba en contrario; si se estipulan varias contraprestaciones, habrá pluralidad de contratos, a no ser que se pruebe su unidad.

A primera vista pudiera parecer que éste fué el criterio seguido por el Supremo al enjuiciar la posible unidad o pluralidad del contrato de autos: un arrendamiento de inmuebles con pacto de opción anexo (como se recordará, se discutía si formaban *dos* contratos separados recayentes sobre igual objeto, unidos formalmente en el mismo documento, o *un* negocio mixto, integrado por un contrato típico—arrendamiento—y otro atípico—opción—inseparables). En efecto, tras de sentar la doctrina de que en el negocio mixto las diversas formas contractuales quedan confundidas en un solo contrato por la unidad del fin real y concreto de las recíprocas prestaciones o promesas de los interesados, causa para cada uno de ellos en los contratos onerosos, según el artículo 1.274 C. c., el T. S. subraya con especial empeño en el cuarto considerando que la compensación del derecho de opción debe entenderse comprendida en la

(19) Vide DR. BONO, *Dichiarazione riproduttiva (Contributo alla teoria del documento contrattuale)*, Milán, 1948. Cfr. también GORLA: *La riproduzione del negozio giuridico*, 1933.

(20) HÖNSIGER, *Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge* cit., pág. 23; SCHUBERT: *Op. cit.*, pág. 114 y sig.

(21) *Op. cit.*, págs. 50-51.

contraprestación impuesta al arrendatario (precio del arrendamiento o alquiler). De esta suerte, cabría pensar que lo que movió al Supremo a decretar la imposibilidad de separar del contrato de arrendamiento el derecho de opción a favor del arrendatario fué el hecho de existir una contraprestación única, que según se desprende del mencionado artículo 1.274, combinado con el 1.261, 3.º, constituye la causa de las obligaciones establecidas a cargo del arrendador. Pero, propiamente, el T. S. hace uso del concepto de *causa de la obligación* —referido preferentemente al arrendador—, que según nuestro Derecho coincide en el caso de autos en la prestación de la otra parte (contraprestación del arrendatario: alquiler).

El Supremo está, pues, en la pista del único criterio que puede ofrecer alguna seguridad: la *causa mixta*. Basta situarse en el ángulo visual opuesto, es decir, contemplar el convenio desde el punto de vista del arrendatario-optatario. Para éste la causa de su obligación (pago de las cantidades estipuladas) es —según el art. 1.274, teniendo en cuenta, además, el 1.543 y la disciplina social del contrato de opción— la promesa del arrendador de darle el goce o uso de las fincas por el tiempo convenido y de vendérselas cuando quisiera por el precio fijado. Nos encontramos, por tanto, con dos promesas interdependientes frente a una contraprestación única: o sea ante un contrato mixto de comixión bilateral o sinalagmática (no simplemente unilateral), y ello porque, de un lado, existe fusión de las dos posibles contraprestaciones en una sola contraprestación y, de otro, fusión de las dos promesas referidas, que están en íntima conexión causal, pues causa de la obligación del arrendatario no es apenas la promesa de recibir en goce la cosa arrendada, sino también, y conjuntamente, la de poder adquirirla por compra a su voluntad y por el precio estipulado. Muy posiblemente una sola de ellas no hubiera sido bastante para mover a concluir el convenio: sin el derecho de opción el arrendatario no habría aceptado el arriendo, y sin éste el arrendador no habría otorgado la opción.

Hace falta dar un paso más, y ascender del fin (subjetivo) real y concreto de las recíprocas prestaciones o promesas de cada una de las partes contratantes (causa de la obligación) al fin (objetivo) abstracto y genérico del contrato considerado en su conjunto (causa del contrato o función económico-social del mismo) (22). Y entonces se descubrirá o una *pluralidad de causas*, señal clara de que bajo la apariencia de un contrato único se esconden varios contratos (tantos como causas), o una *causa mixta o compleja*, resultante de la combinación de las causas correspondientes a los elementos de dos o más negocios típicos o atípicos, que justifique la unidad del contrato, a pesar de la plurali-

(22) Como observa DR GENNARO (op. cit., pág. 33 y nota 1 *in fine* de la misma página), refiriéndonos a la causa de la obligación, no podríamos nunca hablar de causa (en singular) de un determinado contrato, sino que en todo contrato deberíamos encontrar varias causas correspondientes a cada uno de los elementos constitutivos del contrato mismo. Esta heterogeneidad sólo puede ser superada cuando se considere que el concepto de *causa de la obligación* no constituye el concepto primario y fundamental, sino que es un significado trasladado de la causa del contrato. La causa, como *motivo último* de la asunción de las dos obligaciones contractuales, no es otra cosa que el fin objetivo (*causa en sentido propio*) del contrato, contemplado desde el punto de vista de cada uno de los contratantes, es decir, fraccionado en sus necesarios elementos constitutivos, que las dos prestaciones o promesas que se quieren cambiar plenamente reflejan.

dad de prestaciones o promesas. Existirá esa causa cuando las partes puedan conseguir a través del contrato, no uno, sino varios fines *conexos y coherentes*, sin lo cual se tornaría de nuevo a la pluralidad de causas y, consiguientemente, a la pluralidad de contratos.

Y preciso es reconocer que no tiene nada de chocante que la opción concorra con el arrendamiento en estrecha interdependencia y en relación de mutua coordinación, insertando la primera como estipulación especial del segundo, al amparo del principio de la libertad contractual (art. 1.255), como pacto atípico voluntario no opuesto a las leyes, a la moral y al orden público, y que lejos de ello—como dice la sentencia en examen en su quinto considerando—pudiera llegar a considerarse como un pacto natural y propio del arrendamiento a largo plazo, por lo que el T. S., muy acertadamente, rebate el fallo del Tribunal *a quo*, fundado exclusivamente en la consideración de constituir aquella cláusula un contrato independiente y sin ninguna relación con el arrendamiento, estimando la imposibilidad de separar del contrato de arrendamiento el derecho de opción convenido a favor del arrendatario.

Excluidos los criterios puramente formales (*unitas actu* y unidad del documento contractual), el criterio voluntarístico y los criterios basados en la unidad del objeto y de la contraprestación, como poco seguros o improbables, resta como único criterio aprovechable el de la causa del contrato, que es el más simple, puesto que donde haya causa única, siquiera compleja, se puede afirmar que existe unidad de contrato y, por el contrario, siempre que hay pluralidad de causas existirá pluralidad de contratos (23).

8. Como dijimos, de los contratos mixtos debe distinguirse la unión o pluralidad de contratos. En ésta, los contratos conservan su autonomía: se acumulan o yuxtaponen, no se funden o mezclan. Dentro de la amplia categoría de la unión de contratos cabe separar dos grandes grupos:

A) La unión meramente formal, externa o aparente, que resulta del hecho fortuito de haberse concluido los contratos en la misma ocasión, constando, por ejemplo, en el mismo documento. Este tipo de unión está desprovisto de valor dogmático, pues en nada afecta a la individualidad y régimen de los respectivos contratos: cada uno de ellos debe seguir exclusivamente su disciplina peculiar.

B) La conexión o ligamen de contratos (negocios coligados), que también supone la unión de contratos distintos, pero queridos globalmente por las partes como un todo, bien en relación de mutua dependencia (contratos recíprocos), de subordinación (contratos subordinados) o de alternancia (contratos alternativos), que presenta mayor relieve teórico y práctico, pero en cuyo estudio no nos detenemos por ser un tema ajeno a la *quaestio iuris* planteada al Supremo en esta ocasión (24).

(23) Así se pronuncia la doctrina más reciente. Vide MESSIRBO: Op. cit., págs. 73-74 y 224; CARIOTA FERRARA: Op. cit., pág. 324; OFFO: *Contratti parasociali*, Milán, 1942, páginas 30 y sigs. y 38-39.

(24) Sobre el tema vide GIORGIANNI: *Negozi giuridici collegati*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1937, págs. 275 y sigs.; MERRU: *I contratti reciproci*, Cagliari, 1923; OFFO: Op. cit. y autores ibi cit.

9. ¿Es posible la existencia de «negocios mixtos legales»?

El T. S. parece admitirlos cuando en el tercer considerando de la sentencia comentada se refiere a la «posible fusión de formas típicas y atípicas, no sólo por la voluntad de los interesados mirando a la unidad del fin económico, sino por disposición de la ley».

Pero esta doctrina, que puede justificarse considerándola como eslabón en la cadena de razonamientos lógicamente ensartados por el juzgador a lo largo de sus considerandos, suscita fuertes reparos desde el punto de vista dogmático.

Entendemos que hablar de *negocios mixtos* como resultado de la fusión *op. legis* de dos contratos típicos en un solo contrato implica una *contradictio in adjecto*: en efecto, si están previstos por la ley y dotados de una disciplina peculiar, aun formada por la combinación de las normas pertinentes a varios moldes contractuales, esos negocios son nominados, pero nunca podrán ser negocios mixtos en sentido propio, que no son del todo nominados ni innominados, mas mixtos. Así, la fusión de dos o más formas típicas participa, por un lado, de los contratos nominados, en tanto en cuanto es mezcla de figuras contractuales ya tipificadas legislativamente, y, por otro, participa de los contratos innominados, en tanto en cuanto esa mixción no fué contemplada *ex lege*. Por ello la fusión legal de varias formas típicas entra de lleno, por uno y otro lado, en el ámbito de los negocios nominados, siendo indiferente el procedimiento seguido por el legislador al dictar la disciplina propia del contrato que regula.

Tampoco nos parecen afortunados los dos ejemplos que a este propósito cita el Supremo cuando dice que de esa posible fusión de formas típicas por disposición de la ley proporciona demostración práctica el Código civil, al regular la compraventa con pacto de retro y la enfiteusis con su natural derecho de redención a favor del censatario.

Según el T. S., en el retracto convencional la ley fusiona en uno dos contratos: el de la primera compraventa actualmente perfeccionada por el mismo contrato, y el de la promesa de venta del comprador al vendedor, obligación correspondiente al derecho de retracto.

Aunque ello fuera así, la compraventa con pacto de retro nunca constituiría un verdadero y propio negocio mixto, por las razones antes apuntadas. Se trata, más bien, de una *modalidad típica* del contrato de compra y venta, perfectamente definida por la ley en sus particulares efectos (Sec. I, cap. IV, título IV, lib. IV del C. c.), buena prueba de que el legislador al disciplinarla, no tuvo muy en cuenta la referida combinación de negocios (contrato de compraventa y promesa de venta, regulada en el artículo 1.451 C. c.), sino, de manera directa, el fin práctico que dicha modalidad normalmente persigue (recuperar la cosa vendida) (25), de completa armonía con el cual dictó su propia disciplina.

Menos aún cabe decir que la enfiteusis, cuyo derecho de redención a favor del censatario equivale a la promesa del censalista de ceder su dominio directo mediante el pago por aquél de lo fijado para la redención, sea un con-

(25) Lo que no obsta a que la compraventa con pacto de retro pueda también ser empleada indirectamente para alcanzar otras finalidades económicas (por ejemplo, con el propósito de garantizar una deuda del vendedor).

trato mixto «por disposición de la ley». Y ello porque el derecho de redención constituye uno de los elementos esenciales del censo enfiteútico (art. 1.688 Código civil). Con otras palabras: la promesa del censalista de ceder su dominio directo mediante la entrega de lo determinado en el art. 1.651 es una de las prestaciones o promesas típicas del contrato de enfiteusis y mal podrá configurarse como una promesa anómala ínsita en aquél que dé lugar a un negocio mixto.

Tras de considerar—erróneamente, como se ha visto—el censo enfiteútico en unión con el derecho de redención del censatario como negocio mixto *ope legis*, el Supremo se refiere seguidamente a la notoria convergencia legislativa del arrendamiento de inmuebles con la enfiteusis que ha llegado a reconocer en aquél los derechos de tanteo, retracto y aun de una especie de laudemio en ciertos casos (art. 51 Ley A. U.), respondiendo a la tendencia favorable a la ampliación de los derechos del arrendatario en la evolución reciente del Derecho inmobiliario, añadiendo que el derecho de opción a favor del arrendatario, como pacto todavía voluntario, cumple el mismo fin que el de redención en la enfiteusis, es decir, asegurarle la posibilidad de adquirir el predio mejorado por su constante trabajo durante un largo plazo, como es el de cincuenta años por prórrogas de cinco en cinco años, a voluntad del arrendatario, fijado en el contrato de autos.

La digresión hecha en el anterior considerando (tercero) permitió así al Supremo establecer en éste (cuarto) un curioso paralelismo, que refuerza la argumentación tendente a considerar el arrendamiento con opción de compra como negocio mixto unitario y no como coexistencia formal de dos negocios independientes sin relación alguna entre sí, como pretendía el Tribunal *a quo*. Pero la verdad es que hubiera podido muy bien prescindir de esa digresión tan poco convincente, para estimar—como hace en el quinto considerando—la imposibilidad de escindir el contrato de arrendamiento y el de opción, basándose exclusivamente en la unidad de la causa compleja (a la que se refiere en el segundo considerando), formada por la aglutinación de dos funciones económico-sociales que, lejos de ser incompatibles, pueden coordinarse mutuamente, como lo demuestra el hecho de que en la práctica frecuentemente se usa la opción entre arrendador y arrendatario, concediéndole el primero al segundo el derecho de compra de la finca alquilada; nada más natural que consentir que el que tomó en arrendamiento *longo tempore* un inmueble lo pueda algún día adquirir definitivamente.

10. Y llegamos, por fin, a la conclusión más sustanciosa desde el punto de vista práctico, que la sentencia anotada deduce de la unidad del negocio en cuestión: sus efectos en el orden registral con relación a terceros, por lo que se refiere al derecho de opción concedido al arrendatario.

La Audiencia Territorial, considerando que la cláusula por la que se convino el derecho de opción constituía un contrato autónomo, separado del arrendamiento, declaró nulo con todas sus consecuencias legales el asiento de inscripción de este último, únicamente en cuanto a la mención del pacto de opción de compra consignado en la estipulación 10.ª de la escritura, así como también las sucesivas reinscripciones tan sólo en lo referente a aquella mención.

El Tribunal Supremo, en cambio, partiendo del carácter mixto y, consiguientemente, unitario del negocio, considera que, estimado el derecho de opción como uno de los convenidos en el contrato de arrendamiento, inscrito íntegramente en el Registro de la Propiedad sin salvedad de suspensión ni de denegación de inscripción de nada de su contenido, queda demostrado que la opción de compra, a la que se extendía el derecho del arrendatario, fué válidamente inscrita según el art. 9.º, núm. 2, de la L. H., añadiendo que la sentencia recurrida, al juzgar que la inscripción no debió expresar esa circunstancia que señalaba la extensión del derecho del arrendatario, infringe dicho precepto legal por interpretación errónea.

En su segunda sentencia el T. S. precisa los efectos de esa extensión del derecho del arrendatario, válidamente registrada a tenor del art. 9.º, núm. 2, de la L. H., afirmando que «inscrito el arrendamiento con opción de compra a favor del arrendatario, cuando el demandado (causahabiente por título particular del primitivo arrendador) adquirió lo arrendado, surtía sus efectos contra éste, y en consecuencia es procedente el ejercicio del derecho de opción en la demanda presentada por la actora, como causahabiente del anterior arrendatario por compra también inscrita», y que «estando vigente el arrendamiento al presentar la demanda la actora, lo estaba también el ejercido derecho de opción, porque éste, según la cláusula 10.ª del contrato inscrito, se convino para mientras estuviese en vigor el arriendo, y éste lo estaba, no por prórroga tácita o legal (art. 14, pr. últ. R. H.), sino por prórroga expresamente convenida en el contrato en su cláusula 6.ª, que también tuvo su expresión en la inscripción del arrendamiento».

Así pues, tenemos que si hubiera prosperado en casación la tesis de la unión externa de los contratos de arrendamiento y opción de compra, mantenida por la Sala de instancia, cada uno de ellos, conservando su individualidad, se habría exclusivamente regido según su propia disciplina, y en ese caso, negado el acceso al Registro del derecho de opción concedido de modo independiente por el arrendador al arrendatario o a quien su derecho tuviera, la entidad cesionaria no hubiera podido ejercitarlo contra el causahabiente por título particular del locador, ajeno al pacto de opción (cfr. art. 1.257 C. c.). De esta forma, aunque se sostuviera que el derecho de opción tiene naturaleza real (26)—extremo sobre el cual no se pronunció la Audiencia—, no ha-

(26) CASTÁN: (Op. cit., pág. 346), siguiendo la opinión generalmente aceptada por nuestra doctrina, estima que el derecho positivo español no hay base legal para considerar como real el derecho de opción y juzgarlo, por ende, inscribible en el Registro, lo que a su juicio—no obsta para que se hayan de reconocer las ventajas que ofrecería una construcción más moderna, que permitiese dar al mismo una publicidad registral. En el mismo sentido, ALONSO MOYA: *El contrato de opción como un contrato preparatorio*, en *Universidad*, 1933, págs. 81 y sigs.

Según la Jurisprudencia, la promesa de venta no crea ningún derecho real ni es, por consiguiente, inscribible en el Registro (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 1902 y sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre 1928).

Para SALDAÑA (*La opción y el Registro de la Propiedad*, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1928), si la opción figura como pacto anejo a un derecho real—arriendo de minas—es inscribible, produciendo entonces efectos parecidos a los de no enajenar. OSSORIO Y GALLARDO (*El contrato de opción*, 2.ª ed., Madrid, 1930, págs. 195 y sigs.), en cambio, opina que la opción es un *ius ad rem*, intermedio entre la *obligatio* y el *ius in re*,

biendo sido registrado separadamente, no podría perjudicar a tercero (artículos 606 C. c. y 32 L. H.); y en el caso de autos lo era, sin duda alguna, el demandado que adquirió por compra las fincas arrendadas. Con toda razón se le habría absuelto, por tanto, de la demanda.

Pero el Tribunal Supremo, muy correctamente, mantuvo la tesis contraria (contrato único formado por la fusión del arrendamiento con la opción), por más ajustada a la voluntad real de las partes, respetando su conjunta autodeterminación y coordinando con criterio armónico la disciplina registral del arrendamiento de inmuebles con el derecho de opción simultáneamente conve-nido, al que da entrada en el Registro con eficacia *erga omnes*, como pacto anejo a un derecho (arrendamiento) legalmente equiparado—a efectos registra-les—a los *iura in re aliena*, sin prejuzgar la intrínseca naturaleza real o perso-nal de uno y otro.

De esta suerte, el Supremo dió un paso decisivo en orden a permitir que el derecho de opción goce de las ventajas de la publicidad registral, si no como derecho independiente (para lo cual tendría que ser real por su misma naturaleza o por ficción de la ley), al menos como secuela del arrendamiento, que, según creemos, todavía no constituye un verdadero y propio derecho real (repárese en que el poder de goce del arrendatario no es autónomo, sino hete-rónomo: depende del arrendador, según se desprende del núm. 3 del artículo 1.554 C. c.), aunque a efectos registrales sea considerado, en ciertos casos, *como si efectivamente lo fuese* (art. 2.º, núm. 5.º L. H.) (27).

En la continua evolución de los derechos personales de más trascendencia social, los dos estadios indicados son camino lento pero seguro en la sucesiva transformación de su naturaleza, hasta que, llegado el momento de la plena madurez, plasman en otros tantos derechos reales, situándose ya abiertamente al lado de los tradicionalmente consagrados.

La segunda sentencia del Tribunal Supremo se pronuncia también sobre otros problemas, de interés no despreciable, como los referentes a la obliga-ción de entregar cosa determinada, comprensiva de la entrega de todos sus accesorios, obligaciones de no hacer y derecho al uso de aguas, constitución de servidumbre perpetua de acueducto, etc., en cuyo examen no entramos por no alargar excesivamente este comentario, inicialmente ceñido de propósito al tema central de los contratos mixtos.

JUAN BAUTISTA JORDANO

siendo inscribible conforme al art. 14 del Reglamento Hipotecario (antiguo), puesto que constituye una limitación temporal de la facultad dominical de disposición. Vide también MENGUAL: *La opción como derecho y como contrato*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1936, págs. 131 y sigs., esp. págs. 187 y sigs.

(27) Por esta razón no nos repugna hablar de «hipoteca de arrendamiento», sin que para ello sea preciso forzar los textos legales referentes a la locación, que por mucho que se haga siempre continuarán postulando la naturaleza personal del derecho del arren-datario. Sobre el tema vide, ARANGO Y CANGA: *Hipoteca de arrendamiento de inmuebles*, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1948, págs. 557 y sigs.

II. SENTENCIAS DE LAS SALAS PRIMERA Y QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Sentencias de la Sala Primera

SENTENCIA 27 FEBRERO 1950

Contratos mixtos.

La posibilidad de fusión de formas contractuales separadas es posible, quedando confundidas en un solo contrato (mixto).

ANTECEDENTES.—La cuestión sometida a casación y que fué resuelta favorablemente surge como consecuencia de un contrato otorgado el año 1929, en cuyo encabezamiento se titulaba de arriendo con opción de compra de unas canteras con sus hornos, depósitos, cobertizos y demás construcciones o instalaciones, por plazo de cinco años prorrogables hasta cuarenta y cinco años más y en cuya cláusula 13 se decía: "Para mientras esté en vigor el presente arriendo, don J. B. y M. concede a don E. M., y a quien su derecho tuviere, la opción de compra de las dos porciones de terreno objeto de este contrato, por el precio de 40,000 pesetas. Don E. M. podrá en cualquier momento hacer uso de la opción de compra que se le concede y sólo deberá avisar al Sr. B. con un mes de anticipación, como *mínimum...*" Finalmente, en el contrato se dijo que los otorgantes interesaban "la inscripción de este contrato de arrendamiento", como, efectivamente, se hizo.

La demanda se presenta por la Sociedad Mercantil H. S., S. A., pidiendo se reconozca su derecho de opción y se otorgue escritura de compraventa, y el Juzgado estima la demanda, y apelada esta sentencia, la Audiencia la revoca por estimar que eran contratos independientes el arrendamiento de la opción de compra, y recurrida en casación, se resuelve ésta por los siguientes

CONSIDERANDO: Que al pasar de la abstracción de las normas a la realidad social, las formas contractuales, figuras rígidas y vacías, tienen que adaptarse al contenido económico que, para el tráfico de bienes, fin de los contratos, se propone llevar a ellas la voluntad de los contratantes y a facilitar esa adaptación de las limitadas formas contractuales previstas por la Ley o por la teoría, a la variedad de necesidades y deseos que pueden presentarse en la realidad, responde el artículo 1.255 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que una de las manifestaciones de la libre adaptación indicada es la posibilidad de fusión de dos formas contractuales de posible coexistencia separada, aun recayendo sobre el mismo objeto; pero que también pueden unirse, por la voluntad de los interesados, insertando una de ellas como condición, estipulación, antecedente o complemento de la otra, quedando confundidas en un solo contrato (mixto), por la unidad

de fin, no del formal de las relaciones jurídicas derivadas del convenio, sino del real y concreto de las recíprocas prestaciones o promesas, causas para cada uno de ellos, en los onerosos, como lo es el de autos, según el artículo 1.274 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que de esa posible fusión de formas típicas o atípicas, no sólo por la voluntad de los interesados, mirando a la unidad de fin económico, sino por disposición de la Ley, proporciona demostración práctica el Código civil al regular por ejemplo, el retracto convencional, en el que fusionan en uno dos contratos: el de la primera compraventa actualmente perfeccionada por el mismo contrato, y el de promesa de venta del comprador al vendedor, obligación correspondiente al derecho de retracto; y la enfiteusis cuyo derecho de redención a favor del censatario equivale a la promesa del censalista de ceder su dominio directo mediante el pago por aquél de lo fijado para la redención.

CONSIDERANDO: Que en la notoria convergencia legislativa del arrendamiento de inmuebles con la enfiteusis, que ha llegado a reconocer en aquél los derechos de tanteo, retracto y aun de una especie de laudemio en ciertos casos (artículo 50 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos), el derecho de opción a favor del arrendatario, como pacto todavía voluntario, cumple el mismo fin que el de redención en la enfiteusis, de asegurarle la posibilidad de adquirir el predio mejorado por su constante trabajo durante un largo plazo, como es el de cincuenta años, convenido en el contrato de autos, por prórrogas de cinco en cinco años, a voluntad del arrendatario, derecho cuya compensación debe entenderse comprendida en la contraprestación impuesta al arrendatario del precio del arrendamiento.

CONSIDERANDO: Que estimada, por las razones expuestas, la imposibilidad de separar del contrato de arrendamiento el derecho de opción a favor del arrendatario, convenido en la cláusula 13 de dicho contrato, la sentencia recurrida, cuyo fallo se funda exclusivamente en la consideración de constituir aquella cláusula un contrato independiente y sin relación alguna con el de arrendamiento, en el que ésta se inserta, infringe el citado artículo 1.255 del Código civil, negando la libertad de los contratantes a pactar, como estipulación especial del arrendamiento, el derecho de opción, que no es contrario a las leyes, a la moral ni al orden público, y que, lejos de ello, pudiera llegar a considerarse como pacto natural y propio del arrendamiento a largo plazo, infracción que, alegada como motivo primero del recurso, obliga a dar lugar al mismo.

CONSIDERANDO: Que estimado el derecho de opción como uno de los convenidos en el contrato de arrendamiento, por la cláusula 13 del mismo, inscrito íntegramente en el Registro de la Propiedad, según nota de inscripción puesta por el Registrador al pie del documento, sin salvedad de suspensión ni denegación de inscripción de nada de su contenido, se demuestra que la opción de compra, a la que se extendía el derecho del arrendatario, fué inscrita, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 9.º, número 2.º de la Ley Hipotecaria, y la sentencia recurrida, al estimar que la inscripción no debió expresar esa circunstancia que señalaba la

extensión del derecho del arrendatario, infringe el precepto legal citado, por su errónea interpretación, nuevo motivo alegado como segundo del recurso, para dar lugar a éste, sin necesidad de examinar los demás alegados.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 1 MAYO 1950

Sociedad en liquidación: operaciones realizadas por el socio liquidador.

Los beneficios de las operaciones realizadas por el socio liquidador, con los medios, el crédito y la organización de la sociedad o comunidad, son de abono a los restantes socios.

ANTECEDENTES.—Aparecen recogidos en los siguientes

CONSIDERANDO: Que en la sentencia de instancia se dan como probados los hechos siguientes: a) que entre los actores y el demandado se constituyó en 1.º de mayo de 1936 una Sociedad de las llamadas irregulares, para la realización de negocios de construcción, la que al exterior había de operar exclusivamente a nombre del demandado, determinándose en el correspondiente documento privado las respectivas participaciones de los socios, llevando a cabo dicha Sociedad diferentes obras; b) que los socios tomaron en 15 de mayo de 1940, y por iniciativa del demandado, el acuerdo de proceder a la disolución de dicha Sociedad, no obstante lo cual éste, además de proseguir las operaciones iniciadas con anterioridad a la fecha de la disolución, emprendió nuevas obras, utilizando los medios de la Sociedad, especialmente el capital social, por lo que los demás socios le han demandado, a fin de que les abone sus participaciones, según el pacto social, en las nuevas operaciones emprendidas, importantes las 106.933 pesetas importe de la reclamación, a cuyo pago ha sido condenado dicho demandado en ambas instancias.

CONSIDERANDO: Que el recurso de casación interpuesto contra dicha resolución contiene un único motivo con el soporte procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por suponer infringidos diferentes artículos referentes al contrato de sociedad en los Códigos civil y de Comercio, singularmente el 228 de este último, por entender que, disuelta la Sociedad, aun dados como probados los hechos que se citan, no es posible atribuir a los demás socios los beneficios que les corresponderían en los negocios emprendidos por el demandado con el capital y los medios de la Sociedad, como si ésta no estuviera disuelta.

CONSIDERANDO: Que si bien es verdad que el tenor literal del citado artículo que estatuye que desde el momento en que la Sociedad se declare en liquidación cesará la representación de los socios administradores para hacer nuevos contratos, quedando limitadas sus facultades en calidad de liquidadores a percibir los créditos de la Compañía, a extinguir las obli-

gaciones contraídas de antemano, según vayan venciendo, y a realizar las operaciones pendientes, precepto de aplicación por analogía en las Sociedades irregulares, y que las dos sentencias que se invocan, tanto en la sentencia de instancia como en el recurso, de 2 de enero de 1940 y 14 de febrero de 1945, se refieren a operaciones iniciadas con anterioridad a la disolución de la Sociedad, no es menos cierto que tanto aquel precepto como esta jurisprudencia son perfectamente aplicables al caso debatido para determinar el abono a los socios de los beneficios concedidos por aquellas operaciones realizadas por el que pudiera denominarse socio liquidador, con los medios, el crédito y la organización de la sociedad o comunidad, porque, aparte de que existen méritos para estimar una especie de prolongación de la Sociedad, no obstante el acuerdo de disolución, lo contrario equivaldría a sancionar el fraude comercial y a consagrar un enriquecimiento injusto a favor de quien indebidamente dispuso de los medios sociales para nuevos negocios, a pesar de la disolución conocida, pretendiendo atribuirse la totalidad de los beneficios logrados, posición contraria a los más elementales principios de la ética contractual y que, por ello, los Tribunales no pueden amparar.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 MAYO 1950

Competencia: acción personal.

Ejercitada una acción personal y dirigida la acción contra dos personas en concepto de responsables, mancomunada o solidariamente, sin que exista lugar designado para el cumplimiento ni motivos suficientes para estimar arbitraria la acumulación de acciones, es competente, conforme a lo dispuesto en el párrafo último del artículo 62, regla 1.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el del domicilio de cualquiera de los demandados.

SENTENCIA 7 JUNIO 1950

Institución de heredero a día cierto

Con arreglo a la doctrina establecida en las sentencias de esta Sala de 4 de julio de 1896 y 12 de febrero de 1915, las instituciones de herederos a día cierto o que, indudablemente, ha de venir, como el de la muerte de una persona, crean derechos transmisibles a los herederos de los instituidos desde el fallecimiento del testador.

Sucesiones: interpretación de la palabra "hijos".

Según declaró la sentencia de 14 de febrero de 1914—confirmando el criterio sustentado en las de 19 de octubre de 1899 y 31 de diciembre de 1895—, es doctrina de esta Sala, conforme a lo dispuesto, entre otras

Leyes, en la 5.^a, título 33 de la Partida 7.^a, y no contradicha por el artículo 675 del Código civil, que en materia de sucesiones las palabras del testador deben entenderse en el sentido que aparezca más conforme con su intención, y en la palabra "hijos", aunque se trate de herederos voluntarios, están comprendidos los nietos, a no hallarse expresamente excluidos.

Sucesiones: derecho de representación.

Las posibles aplicaciones del derecho de representación a la sucesión testada, no tienen lugar propiamente en la de carácter voluntario, sino en la de carácter legal, o sea, en lo concerniente a las legítimas.

ANTECEDENTES.—Como consecuencia de la interpretación de las cláusulas de un testamento, surge la cuestión que llevada a casación se resuelve por los siguientes

CONSIDERANDO: Que con arreglo a la doctrina establecida en las sentencias de esta Sala de 4 de julio de 1896 y 12 de febrero de 1915, las instituciones de herederos a día cierto, o que, indudablemente, ha de venir, como el de la muerte de una persona—en el caso del litigio, la de la usufructuaria designada en el testamento—, crean derechos transmisibles a los herederos de los instituidos desde el fallecimiento del testador; y según declaró igualmente la sentencia de 14 de febrero de 1914—confirmando el criterio sustentado en las de 19 de octubre de 1899 y 31 de diciembre de 1895—, es también doctrina de esta Sala, conforme a lo dispuesto, entre otras leyes, en la 5.^a, título 33, de la Partida 7.^a, y no contradicha por el artículo 675 y demás preceptos del Código civil, que en materia de sucesiones las palabras del testador deben entenderse en el sentido que aparezca más conforme con su intención, y en la palabra "hijos", aunque se trate de herederos voluntarios, están comprendidos los nietos, a no hallarse expresamente excluidos.

CONSIDERANDO: Que fallecidos con posterioridad al testador dos hijos de doña C. R. de G., llamados don V. y don J. P. R. de G., dejando, tanto el uno como el otro, hijos que vivían al ocurrir el fallecimiento de la usufructuaria designada, el llamamiento hecho a favor de aquéllos no puede menos de extenderse a estos hijos en estricta aplicación de la doctrina expuesta, no por virtud de las normas reguladoras del derecho de representación, pues, contra lo que afirma el motivo tercero del recurso, las posibles aplicaciones del derecho de representación a la sucesión testada, no tienen lugar propiamente en la de carácter voluntario, sino en la de carácter legal, o sea, en lo concerniente a las legítimas

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, no son de apreciar el error de hecho denunciado en el motivo primero del recurso ni las infracciones legales que acusan dicho motivo y los segundo y tercero.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 26 JUNIO 1950

Arrendamientos urbanos—resolución del contrato por necesidad del local (1).

CONSIDERANDO: Que la certificación de la Administración de Rentas Públicas de la provincia de C., documento en que se funda la primera causa del recurso, lejos de acreditar error alguno en la apreciación, por la Sala sentenciadora, de la prueba practicada, demuestra que el negocio de don S. F. G., establecido desde su comienzo el año 1940, en el mismo local de la calle de los D. del A., número 4, de la ciudad de C., donde, sin interrupción continua, produjo beneficios comerciales de 14.442,90 pesetas en dicho primer año, que aumentaron en los dos años siguientes, hasta llegar en el 1942 a 19.617,29 pesetas, que, con alguna alternativa, decrecieron hasta 1947, últimos conocidos, que fueron de 6.207,76 pesetas, nunca con pérdidas, de lo que es obligado concluir, como lo ha hecho la sentencia recurrida, que ningún año sufrió pérdidas; que, puesto que la situación del local ha sido la misma en los años de beneficios importantes y crecientes que en los posteriores, durante los que disminuyeron, no es la situación del local del negocio la causa de la disminución, y que, al faltar el supuesto productor, según el recurrente, de la necesidad alegada como causa de la negativa de la prórroga del arrendamiento en cuestión, la sentencia recurrida no infringió, estimándolo así, los artículos 76, 90 ni 92 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni doctrina legal alguna, lo que impide estimar el recurso por ninguna de las dos causas al efecto alegadas.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 26 JUNIO 1950

Arrendamientos urbanos: desahucio de local de negocio.

Es improcedente el desahucio cuando el arrendador lo pretende para establecer un negocio nuevo.

ANTECEDENTES.—Don M. M. A., que desde el año 1933 viene dedicándose a ejercer la industria de droguero en un local de su propiedad, era dueño también de otro inmueble, uno de cuyos bajos llevaba en arriendo don C. P. E., que tiene establecida en él una barbería desde hace veintidós años.

El Sr. M., que poseía más inmuebles, alegando que el local que tenía destinado a droguería era insuficiente para la debida marcha del negocio, dado el desarrollo del mismo, sobre todo en situación que desea ampliarlo con productos nuevos y estimando que el local ocupado por el Sr. P. reunía las condiciones requeridas, con arreglo a la orientación que ha de dar a su negocio, demandó de desahucio a su inquilino para que lo desalojase.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió al demandado, pero no así la Audiencia Territorial de Pamplona, que revocó la sentencia del Juzgado.

Se interpuso recurso fundado en el núm. 3.º del art. 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por los siguientes

(1) No contiene el considerando doctrina que pueda ser recogida.

MOTIVOS.—Primer. Infracción por inaplicación del art. 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931; infracción por aplicación indebida del apartado a) de la Orden de 8 de noviembre de 1944 y aplicación de los Decretos-Leyes de 24 de enero y 7 de julio de 1944 y del art. 92 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues aun cuando a tenor de estas disposiciones, y principalmente de la Orden de 8 de noviembre de 1944, letra a), se exceptúan de las prescripciones de los artículos 1.º y 2.º del Decreto-Ley de 24 de enero anterior los casos en que el propietario precise ampliar su propio negocio, es preciso que demuestre la necesidad que tiene de los locales cuyo desahucio pretende.

Segundo. Infracción por aplicación indebida del art. 166 de la Ley de Arrendamientos, modificada por la Ley de 24 de abril de 1949, y por no aplicación del art. 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, en relación con el 10 del Decreto de 21 de enero de 1936, con el apartado d) de la base décima de la Ley de 19 de julio de 1944 y disposiciones transitorias 1.ª, 13 y 14 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

Tercero. Infracción, por no aplicación, del apartado c) del art. 90 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y aplicación indebida de las disposiciones transitorias 1.ª, 13 y 14 de la misma ley.

CONSIDERANDO: Que de los hechos expuestos en la demanda, según se reflejan en los que estima probados la sentencia recurrida, se deduce que la necesidad e intención alegadas por don M. M. A. no son las de ampliar su actual negocio o local en el que lo ejerce, sino las de abrir un nuevo establecimiento, conservando abierto el mayor que actualmente ocupa, situado en edificio y calle distintos de aquél; sin ninguna relación ni dependencia entre ambos, y para dedicar el nuevo al comercio de géneros en los que no comercia actualmente, y como esta necesidad y este propósito de establecer un nuevo negocio, ni en la anterior legislación ni en la vigente, constituyen causa de resolución del arrendamiento, sino que ésta, en la anterior aplicable, se limita a los casos de necesidad "de establecer su propia industria o comercio" "preexistentes"—artículo 5.º de los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936—, o de ampliarlos—Orden de 8 de noviembre de 1944—, la sentencia recurrida, al estimar como causa de resolución el deseo del demandante de establecer un nuevo negocio, fundándose en los citados preceptos legales, los ha infringido, con injusticia notoria, aplicándolos indebidamente a un supuesto no comprendido en los mismos, infracción que, alegada como causa primera del recurso debe dar lugar a él, por ser la tercera de las en que, según el art. 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, puede fundarse, con lo que resulta innecesaria la consideración de las otras dos causas alegadas.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 27 JUNIO 1950

Arrendamientos urbanos—acción sobre la legitimidad del incremento sobre la renta.

Cuando el inquilino rechace la elevación legítima de la renta, la acción a entablar es la establecida en el art. 131 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y no puede asimilarse a la acción por falta de pago que autoriza el art. 161 de la misma ley.

ANTECEDENTES.—Doña C. C., que llevaba en arrendamiento un piso, propiedad de don J. V., destinado a pensión, rechazó repetidas veces el aumento de contribución, en que, con arreglo a la Ley de Presupuestos para el año 1949, era incrementada la renta de su cuarto, alegando que pagaría el importe del recibo, menos el citado aumento.

Presentada en el Juzgado de primera instancia demanda de desahucio, la demandada, aunque se oponía a la demanda, consignó en el Juzgado la cantidad requerida.

El Juzgado se declaró incompetente y absolvió a la demandada.

La Audiencia Territorial declaró la competencia del Juzgado de primera instancia, declarando resuelto el contrato.

Interpuesto recurso, se basó en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Incompetencia de Jurisdicción, autorizado por el artículo 173, número 1.º de la LAU, ya que con arreglo al art. 160 de dicha Ley, que en términos generales establece la competencia de los Jueces Municipales y Comarcales, con la sola excepción del apartado a) y b), que a su vez excluyen en el apartado b) las acciones de tanteo y retracto, y en el a) las que se deriven de la falta de pago o de las cantidades a él asimiladas, y no cabe duda, con arreglo al cap. IX, que los aumentos indicados, al estar comprendidos en los arts. 126, 129 y 131 del capítulo IX, han de ser asimiladas a la renta y, por tanto, la acción derivada de ellas ha de atribuirse a los Jueces Municipales.

Segundo. Injusticia notoria por infracción de preceptos y doctrina legal, autorizado por el núm. 3.º del art. 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Estima la parte recurrente que ha habido infracción manifiesta del artículo 131, pues exige este acto dos condiciones: que la elevación propuesta resultare legítima y que el arrendatario la rechace; pero la elevación no es legítima, porque ha sido hecha utilizando como base no sólo la renta propiamente dicha, sino acumulando a ella el precio de los servicios, y sobre esta cantidad englobada, se ha obtenido el porcentaje de elevación, y en cuanto al segundo requisito, no sólo se demuestra el deseo de pagar por parte de la arrendataria, sino que efectivamente realizó el pago al consignar la renta. Por otra parte, no se cumplieron los requisitos señalados en los arts. 129 y 130 de la repetida Ley, cuya realización es precisa para poder ejercitar la acción que concede el art. 131.

Tercero. Injusticia notoria por infracción de precepto y doctrina legal autorizado por el núm. 3.º del art. 173 de la LAU. Ya que con arreglo al art. 13 de la LAU, en caso de no estimarse claros los preceptos aplicables a este litigio, por analogía con lo dispuesto en el art. 161 de la LAU, y en todos los casos en que con arreglo a la Ley procede la resolución del contrato, se concede al arrendatario el derecho de rehabilitar su contrato mediante la consignación. Derecho confirmado por los artículos 1.176, 1.177 y 1.178 del C. c. que supletoriamente se pueden alegar.

Cuarto. Error en la apreciación de la prueba, autorizado también por el art. 173, núm. 4.º de la repetida Ley.

Resulta manifiesto este error para la parte recurrente, al no haber sido apreciada ésta en su conjunto, no estimando los documentos fehacientes que reconoció la misma parte recurrida.

Quinto. Infracción de precepto y doctrina legal, autorizado por el número 3.º del art. 173 de la LAU, puesto que en la sentencia recurrida infringe la doctrina mantenida por las vigentes leyes sobre relaciones arrendatarias y el espíritu que las informa.

CONSIDERANDO: Que el art. 149 de la LAU establece como causa de resolución del contrato de arrendamiento urbano, ya lo sea de vivienda o local de negocio, la falta de pago de la renta o de las cantidades que a ella se asimilan conforme a dicha Ley, y entre estas cantidades están

las diferencias por elevación de contribuciones y por elevación de precios en el coste de los servicios o suministros a que se refiere el art. 126 de la Ley citada, pero examinando ambos conceptos, renta y diferencias, se observa que mientras la primera está determinada en el respectivo contrato de arrendamiento por conformidad de las partes, en cuanto a las segundas, tal conformidad puede existir o no existir, y únicamente cuando exista por haber aceptado el arrendatario expresa o tácitamente la propuesta de la elevación de renta por tales diferencias, hecha por el arrendador, conforme al art. 129 de la Ley mencionada, la falta de pago de dichas diferencias habrá de reputarse como falta de pago de la renta, como claramente lo establece el artículo 130 de la repetida Ley, pero cuando la conformidad entre las partes no exista y se discuta entre ellas la legitimidad de la elevación, la acción entablada sobre tal legitimidad no puede asimilarse a la acción por falta de pago, cuyo presupuesto, por lo que queda dicho, es la conformidad de las partes en las expresadas diferencias, sino otra acción específica, que es la que concede al arrendador el art. 131 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

CONSIDERANDO: Que cuando el inquilino o arrendatario rechazare la elevación propuesta y ésta resultare legítima, el art. 131 mencionado otorga al arrendador el derecho a optar entre reclamar al arrendatario o inquilino las diferencias desde el día en que debieron serle satisfechas o resolver el contrato, pero cuando el arrendador, ejercitando el derecho que el expresado texto le atribuye, opta por la resolución del contrato, esta acción no puede ser enervada porque el demandado pague o ponga a disposición del actor en el Juzgado el importe de las cantidades reclamadas, porque tal medio de enervar la acción únicamente lo admite la LAU en su art. 161 cuando se trate de las acciones por falta de pago de las rentas o de las cantidades que se asimilan a ella, y la acción ejercitada por el arrendador en este caso fué fundamentalmente la acción sobre la legitimidad del incremento de la renta, de características propias y distintas de la acción por falta de pago, como ya se ha expuesto, debiendo, además, de tenerse en cuenta que si después de conceder la Ley al arrendador el derecho a optar entre reclamar al arrendatario el pago de las diferencias o resolver el contrato, se autorizara al arrendatario para dejar sin efecto la acción entablada sin más que consignar aquellas diferencias, tal opción perdería su carácter, ya que se solucionaría siempre con el pago de las diferencias si el arrendatario lo quería así, sin que tal interpretación pueda estimarse contraria al sentido tutelar del inquilino o arrendatario en que la Ley se inspira, en cuanto siempre resulta amparado por el art. 130, que previene que, no obstante la conformidad tácita del mismo con el incremento de la renta, si la cantidad girada resultare superior a la autorizada por la Ley, dentro de los tres meses desde la fecha en que hubiese realizado el primer pago, tendrá acción revisoria, que llevará implícita la condena de costas al arrendador cuando aquélla se declarara abusiva, y por todo lo expuesto procede declarar que no siendo la acción ejercitada la genérica de la falta de pago, sino la específica que ha quedado expresada la competencia para conocer de la demanda

corresponde al Juez de Primera Instancia, por tratarse de un local de negocio, conforme disponía el art. 165, hoy 166, en relación con el 160, apartado a) de la LAU, procediendo, por lo tanto, la desestimación del primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que para el éxito de la acción resolutoria del contrato de arrendamiento, que reconoce al arrendador el art. 131 de la LAU, se necesitan dos condiciones: a) que la elevación de la renta resultare legítima; b) que el inquilino o arrendatario la rechazare, habiéndose dado en el caso presente la primera de dichas condiciones, en cuanto establecido por virtud de lo dispuesto en la Ley de Presupuestos del Estado de 23 de diciembre de 1948—art. 24— y en la Orden de 27 de diciembre del mismo año—art. 2.º—, el recargo del 5 por 100 sobre la suma de la cuota y recargos transitorios para el Tesoro que correspondiera exigir y liquidar desde 1.º de enero de 1949 de la contribución territorial, riqueza urbana, el arrendador, haciendo uso del derecho que le otorga el art. 126 de la LAU, exigió al arrendatario el aumento correspondiente sobre la renta de 10.920 pesetas anuales, que era la que venía satisfaciendo el arrendatario y la que aparece declarada a la Hacienda, según afirma la sentencia recurrida, sin que sobre la cuantía del aumento de 6,50 pesetas mensuales se haya discutido en el pleito ni sido objeto dicha cifra de especial impugnación, antes bien, se aceptó implícitamente, como también declara dicha sentencia, y en cuanto a la segunda de las condiciones aludidas, habiéndose afirmado por la Sala sentenciadora y no impugnada en forma su declaración, que el arrendatario rechazó la elevación propuesta, dicha condición resulta también cumplida, por lo que el art. 131 de la LAU resulta rectamente aplicado y fielmente interpretado por la Sala de instancia y procede desestimar el segundo motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que las acciones por falta de pago de la renta—o cantidades a ella asimiladas—han sido objeto de una regulación especial en la legislación de alquileres, lo mismo en la anterior que en la vigente, como lo demuestran el art. 4.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y el 161 de la LAU, en cuyos preceptos se establece un procedimiento distinto del que tales legislaciones establecieron con carácter general para las demás acciones derivadas de las relaciones arrendaticias por ellas reguladas, y dentro de tal procedimiento se reconoció al inquilino o arrendatario demandado el derecho de enervar la acción mediante el pago o consignación de su descubierta, pero esta norma, que constituye una derogación de los principios procesales comunes que exigen que la acción promovida siga su curso hasta su terminación natural por la sentencia, no puede ser aplicada más que a los casos taxativamente comprendidos en ella, esto es, a las acciones por falta de pago, únicas para las que el legislador la estableció y consintió tal derogación, que por lo mismo no puede extenderse por ninguna razón de analogía a otras situaciones, y, por ello, no ha podido ser infringido por la sentencia recurrida el artículo 13 de la LAU, así como tampoco los 1.176, 1.177 y 1.178 del Código civil, que se refieren al ofrecimiento de pago y consignación como causa de la extinción de las obligaciones civiles en general, y que establecen

sus requisitos y efectos, pero no a la consignación de la renta como medio de enervar la acción por falta de pago, institución de tipo procesal y que solamente por las disposiciones procesales que la crearon se rige, y que como se ha dicho no tiene aplicación al caso debatido; por todo lo cual debe desestimarse el tercer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que el cuarto motivo del recurso se ampara en el número 4.º del art. 173 de la LAU, o sea en el manifiesto error en la apreciación de la prueba cuando se acredite por la documental o pericial que obre en autos, pero los hechos fundamentales afirmados por la sentencia recurrida, que son que la renta abonada por la parte demandada y declarada a la Hacienda era la de 10.920 pesetas anuales, que sobre tal suma se efectuó la liquidación del aumento y que la demandada lo rechazó, no han sido desvirtuados por los documentos citados por dicha parte en el recurso, y en cuanto a la apreciación que hace de la prueba de testigos, con la que intenta justificar el error de la Sala, tal medio de impugnación no cabe dentro de los términos de la causa cuarta del citado artículo 173 de la LAU, que sólo admite contra la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora el manifiesto error acreditado por las pruebas documental o pericial, y respecto al quinto motivo del recurso, que se funda en la infracción de precepto y de doctrina legal, debe de ser rechazado también, como los anteriores, porque no se cita en el mismo la Ley o doctrina de esta Sala que hayan sido infringidos, limitándose el recurrente a la alegación de que la sentencia recurrida infringe el espíritu, la doctrina y las directrices de justicia social y equidad que inspiran las leyes sobre arrendamientos urbanos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 30 JUNIO 1950

Pago de intereses por el precio aplazado en la compraventa.

El abono de intereses a que alude el número 2.º del artículo 1.501 del Código civil se refiere a aquellos supuestos en que no ha habido acuerdo ni se ha incurrido en mora.

Naturaleza de los productos de las minas.

Los productos de las minas no se consideran frutos.

ANTECEDENTES.—Por escritura pública de 8 de mayo de 1940, ratificada por la de 24 de agosto del mismo año, la Sociedad H. de C. vendió a la Sociedad M. S. de P. unas minas, cuyo precio había de ser pagado en cincuenta y tres años y diez meses y medio, a razón de 120.000 pesetas anuales, pagaderas por mensualidades vencidas de 10.000 pesetas, constituyéndose para garantía del pago una hipoteca sobre estas minas, las fincas en que radicaban y las edificaciones sitas en ellas.

Por escritura de 11 de octubre de 1941, H. de C. vendió a doña F. C.

el "crédito que dicha Sociedad tiene contra la M. S. de P., con todos sus derechos y acciones", en la suma de 1.220.000 pesetas.

Fundada en la compraventa de este crédito, doña F. C. formuló demanda contra la S. de P. en reclamación de pago de intereses por el precio aplazado de las minas y fincas.

Desestimada en primera instancia la demanda por el Juzgado de P., y apelada la sentencia, la Audiencia Territorial de V. confirmó la del juez de Primera Instancia.

Se presentó recurso de casación autorizado por los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, fundado en los siguientes

MORIVOS.—Primer. Por infringir el fallo recurrido, por violación, el artículo 1.528 del C. c. y el 149 de la Ley Hipotecaria, que declaran que todo cesionario de un crédito adquiere también los derechos accesorios a ese crédito subrogándose en todos los derechos del cedente, y reconociendo la sentencia recurrida que hubo una cesión de un crédito hipotecario con todos sus derechos y acciones, no se alcanza por qué, si a tenor de los preceptos citados, la subrogación de un crédito lleva consigo la de todos los derechos accesorios, se ha de excluir de la condición de derechos accesorios el derecho a percibir intereses en el caso de precio aplazado, siendo así que este derecho está reconocido en el artículo 1.501 del C. c.

Por tanto, al restringir indebidamente la sentencia recurrida los efectos de la cesión limitándolos al percibo de las 52 anualidades y media, no sólo desnaturaliza los términos mismos en que la cesión se operó, sino que infringe derechamente, por violación, el artículo 1.528 del C. c. y el 140 de la Ley Hipotecaria.

Segundo. Por incurrir el fallo recurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba (cuestión de si en la cesión fueron o no incluidos los derechos accesorios), ya que no es lícito negar que el derecho a reclamar los intereses no fué uno de los adquiridos por doña F.

Tercero. Infracción por interpretación errónea del artículo 1.501, número 2.º, del C. c., y aplicación indebida de los artículos 1.100, 1.101, 1.108, 1.125 y 1.126 del C. c. e interpretación errónea de la doctrina del T. S. contenida en la Sentencia de 13 de abril de 1931

Porque al afirmar la Sala de Valladolid que no se deben intereses en este caso concreto: 1.º, porque se convino que el pago fuese aplazado; 2.º, porque no ha habido mora, ni se convino expresamente que se pagaran dichos intereses y porque la sentencia del T. S. de 13 de abril de 1931 demuestra que el artículo 1.501 no puede apreciarse aisladamente, sino en relación con los preceptos que regulan la mora del deudor; pone de manifiesto su incompreensión del artículo 1.501 del C. c. puesto que lo construye exclusivamente sobre el concepto de la mora, olvidando que si bien es recogida en el número 3.º de dicho artículo la necesidad de pagar intereses fundada en la mora, los números 1.º y 2.º de dicho artículo son completamente ajenos a dicho supuesto.

Por eso infringe la sentencia recurrida el artículo 1.126, dictado para un caso totalmente diverso, e infringe también los artículos relativos a la mora en general, como son los arriba mencionados.

Cuarto. También infringe el fallo recurrido nuevamente por interpretación errónea, el artículo 1.501, número 2.º, del C. c., y por aplicación indebida los 1.282 y 1.283; por cuanto la sentencia recurrida reconoce que en las negociaciones de compraventa no se habló de intereses del precio, y no apareciendo en la escritura de venta ningún pacto de intereses, intenta deducir de este hecho la falta de voluntad de los contratantes respecto del pago de los intereses, olvidando que el número 2.º del artículo 1.501 está dictado precisamente para el caso de que no se haya pactado nada sobre los intereses, y para este caso, y sólo para este caso, impone como norma supletoria la necesidad de pagarlos, si la cosa

entregada produce fruto o renta. Por consiguiente, al no haberse pactado nada sobre los intereses, que ni siquiera se mencionan, los contratantes se han remitido tácitamente al número 2.º del artículo 1.501 y no se han debido poner en juego los artículos 1.282 y 1.283 del C. c., lanzándose a explorar las intenciones de los contratantes.

Quinto. Aplicación indebida de la doctrina del Tribunal Supremo relativa al concepto jurídico de los minerales y violación del número 2.º del artículo 1.501 del C. c.

Estima la parte recurrente que en el Derecho moderno ya no cabe considerar como frutos sólo los productos orgánicos, sino que a este concepto debe dársele un sentido más amplio, interpretándolo con un criterio económico y no puramente naturalista, considerando el fruto como una renta periódica de la cosa, que en una relación determinada obtiene cierta persona, y en este sentido el producto de las minas puede ser objeto de usufructo y arrendamiento. Se refuerza esta concepción con la consideración de lo que en la realidad es una mina, que no es otra cosa que una explotación económica en el sentido más riguroso de la palabra, y los frutos de toda explotación están determinados por la diferencia existente entre los gastos de toda clase y el valor de los productos obtenidos, en este caso de los minerales, pues esto es lo único que le cabe obtener al comprador, ya que al ser las minas propiedad del Estado y permitir éste su compraventa a los particulares, lo único que les permite comprar o vender es el derecho a la obtención de determinados beneficios o frutos inherentes al derecho de explotarlas.

CONSIDERANDO: Que para impugnar la sentencia desestimatoria pronunciada por la Sala de instancia, formula el recurrente su recurso en el que, como argumento capital de la impugnación que informa notoriamente la parte esencial del mismo, ya que a él se refieren los motivos tercero, cuarto y quinto, que se amparan en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil, resalta la imputación al Tribunal *a quo* de haber infringido el artículo 1.501 del Código civil, en su número 2.º, ya por interpretación errónea, ya también por violación, y para sostener su criterio, discuriendo sobre la interpretación que, a su juicio, debe darse, con apoyo de la doctrina, a la expresada norma sustantiva civil, descartados los supuestos a que se refieren los números 1.º y 3.º de la misma, por no darse en el caso de autos, afirma en síntesis que es de necesaria aplicación al mismo lo establecido en el repetido número 2.º; porque hay un aplazamiento de pago, la cosa fué entregada y produce frutos o rentas, y de todos modos lo sería, a juicio del recurrente, y ya en el terreno doctrinal, porque la cualidad del precepto que se examina es la de ser, dentro del derecho dispositivo, una norma integradora o supletoria de la voluntad de las partes, que interviene, de modo automático, en defecto de dicha voluntad, de tal manera que cuando no exista un pacto expreso en sentido afirmativo o negativo sobre la producción de intereses de un pago no realizado ha de entenderse que los intereses se producen siempre porque la Ley suple la presunta voluntad de las partes que en todo momento debieron quererlo, pero la tesis del recurrente es notoriamente inadmisibles, no solamente por lo que se refiere a su aplicación al caso debatido en el presente litigio, como después se verá, sino en la generalización que del precepto que se examina se hace en el recurso, porque el citado artículo 1.501 del Código civil de clara redacción y fijeza en sus términos, que no ha debido suscitar dudas en su aplicación práctica en todo el tiempo

de su vigencia, por cuanto no se ha requerido para su interpretación la suprema respuesta de esta Sala, establece, como secuela de la obligación del comprador de efectuar el pago de lo comprado en tiempo cierto (artículo 1.500 del Código), la del abono de intereses durante el espacio de tiempo en que el vendedor entregó la cosa sin percibir el precio y el comprador, sin haberlo abonado, disfruta de la cosa comprada, y respetando ante todo la voluntad de las partes (número 1.º y sancionando la resistencia del comprador (número 3.º) contiene el, discutido por el recurrente, número 2.º, que no es de aplicación en todos los casos, sino que, dictado con profundo sentido equitativo, ha de entenderse que se refiere a los supuestos en que, diferida la entrega del precio de una compraventa por cualquier motivo que no sea el acuerdo de los contratantes (que en tal caso ellos estarán a los términos de su pacto) y sin que haya incurrido el comprador en *mora solvendi*, media un tiempo en que la cosa vendida y ya entregada produce fruto o renta (condición que es básica en este número) porque sería faltar gravemente a la equidad que el comprador que retiene en su poder el precio de la compraventa obtuviese además el goce y producto de la cosa que le fué entregada, percibiendo con ello un enriquecimiento torticero a costa del vendedor, que se desprendió de la cosa vendida y no recibió aún el precio de la misma, y para remediar esta situación, que se ha producido fuera de la voluntad de las partes, prescribe la Ley el compensatorio devengo de los intereses.

CONSIDERANDO: Que por lo que respecta a la aplicación, a la cuestión debatida en este pleito, de la norma contenida en el tan repetido número 2.º del artículo 1.501 del Código civil, ha de rechazarse igualmente la tesis ya expuesta del recurrente porque, aun sin entrar en el examen del problema que se plantea sobre la legitimidad de doña F. C. para accionar en el pleito, toda vez que el fundamento de la acción ejercitada (artículo 1.501 del Código civil) establece obligaciones del comprador respecto del vendedor derivadas del contrato de compraventa entre ambos efectuado, y, dados los términos definidos en que se halla redactada la pertinente cláusula del contrato por el que doña F. C. compró a H. de C. el crédito que ostentaba ésta contra la M. S. de P., es muy aventurado afirmar que la señora C. quedó subrogada en los derechos y obligaciones (véase la de evicción, por ejemplo, de H. de C., como vendedora en el contrato de compraventa de las minas de 8 de mayo y 24 de agosto de 1940, para poder dirigir acción alguna con tal cualidad contra la Sociedad compradora, lo cierto es que la dicha señora C. lo que compró fué un crédito, esto es, el derecho de percibir lisa y llanamente las cantidades que la M. S. había de pagar a H. de C., y en los mismos términos, respecto a plazos e importe correspondiente a cada uno en que ambas Sociedades pactaron su entrega, es decir, cincuenta y tres anualidades y media por un importe de 120.000 pesetas cada una, abonables a razón de 10.000 pesetas cada mes, cuotas y plazos perfectamente definidos e independientes uno de otro en su exigibilidad sucesiva, de modo análogo a si la compradora del crédito le hubiera adquirido en 52 letras aceptadas de cantidad igual cada una y con vencimiento escalonado, y si en este supuesto sería improcedente el reclamar intereses por la totalidad de los aludidos efec-

tos, atendida la entidad independiente de cada uno de ellos, aunque todos juntos representasen una total cantidad debida, ha de aplicarse igual consideración al caso presente, en el que, además, ha de señalarse la ausencia de pacto expreso sobre intereses, ya que no es de presumir que, como afirma el recurrente, esta falta de pacto revela de modo implícito que los contratantes los hubieran querido establecer, porque aparte de la indubitada redacción de los contratos de compraventa de las minas, que no exige interpretación alguna, y a este punto alude el recurrente en el motivo cuarto del recurso, los actos coetáneos y posteriores de los contratantes que, como aparece en los autos, discutieron minuciosamente y detenidamente las condiciones, forma y garantías de la compraventa y su pago, sin examinar lo relativo a intereses y, por otra parte, sin producirse reclamación alguna sobre tal cuestión en los catorce meses durante los que el pago se efectuó de modo normal entre los otorgantes de la compraventa exclusivamente demuestran que no estuvo en su voluntad señalar la exigencia de cualquiera otra cantidad, ni aun a título de interés, para pago de la cosa vendida fuera de las cuotas establecidas en los plazos determinados, cosa que indudablemente sería tenida en cuenta al fijar las normas del pago aplazado, porque así se procede corrientemente entre personas de negocios al concertar la forma de amortización de una deuda, y si los otorgantes de estos contratos omitieron tan relevante extremo, a ellos sólo ha de serles imputado el perjuicio que su omisión pueda irrogarles, de manera que, si por un lado no cabe la exigencia de intereses en este caso, por la forma pactada de pago, al vendedor de la cosa, menos ha de caberle al adquirente del crédito escueto, y si el producto de las minas que fueron el objeto de la venta, por su naturaleza, en la que se basa la reiterada jurisprudencia de esta Sala, no puede considerarse frutos de las mismas, es evidente que no se está en el supuesto del número 2.º del artículo 1.501 del Código civil, y al entenderlo así la Sala de instancia no ha infringido dicha norma, sino que la interpretó rectamente, y procede desestimar los motivos tercero, cuarto y quinto del recurso formulado.

CONSIDERANDO: Que asimismo deben ser rechazados los motivos primero y segundo que, respectivamente, se apoyan en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, porque contra lo que el recurrente afirma, la sentencia recurrida no ha negado que la acción del crédito fuera hecha comprendiendo en ella todos los derechos accesorios que el crédito tuviere, como requieren los preceptos que se dicen infringidos, lo que ha dado a entender es que entre los tales efectos no se halla el de producir intereses o la facultad de exigirlos, dados los términos en que la cesión se verificó, y no puede tampoco atribuirse a la Sala de instancia el haber incurrido en su sentencia en error de hecho resultante de las escrituras de 8 de mayo y 24 de agosto de 1940, aducidas como documentos auténticos, porque precisamente lo que en dichos documentos se establece expresamente, y esto no ha sido negado, son los derechos del vendedor para hacer efectivo el pago del precio, en el supuesto que cita (y aquí sí hay subrogación por el cesionario), que, aparte la acción inherente, es la utilización, ya que de crédito garantizado

con hipoteca se trata, de la vía ejecutiva, bien la ordinaria o bien la privilegiada del procedimiento hipotecario, sin que conste otro alguno más en dichas escrituras, y, desde luego, nada que haga alusión a la exigibilidad de intereses, por lo cual hay que estimar que lo afirmado por la Sala no contradice lo que previenen los artículos 1.528 del Código civil y 149 de la Ley Hipotecaria, a la sazón vigente, cuya infracción se acusa en el motivo primero, ni revela evidente error sobre lo consignado en las escrituras alegadas, que sería condición inexcusable para que tuviera viabilidad y eficacia la acusación de error de hecho formulada en el motivo segundo, razones que determinan la desestimación de ambos motivos, como al principio se dice.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 30 JUNIO 1950

Juicio arbitral—necesidad de que el compromiso conste en escritura pública.

Los litigantes pueden someter toda contestación entre ellos, antes o después de deducirla en juicio y cualquiera que sea su estado, a árbitros o amigables componedores; pero sólo puede este compromiso producir el efecto de poner término a la relación procesal si fundándose en él lo solicitan expresamente todos los interesados o el actor desiste de su demanda, sin que baste la solicitud del demandado cuando el documento en que se apoye esté falto del requisito esencial de hallarse otorgado en escritura pública.

Cuestiones nuevas en casación.

Los puntos no debatidos en el pleito carecen de acceso a la casación, según reiterada jurisprudencia.

ANTECEDENTES.—En 26 de noviembre de 1943, don S. S. D., ejercitando la acción personal “prosocio”, dedujo ante el Juzgado de primera instancia de Ceuta demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra don A. F. A., sobre liquidación y rendición de cuentas de una asociación de cuentas en participación, alegando que en diciembre de 1927, de acuerdo con el demandado, convinieron formar una Sociedad de cuentas en participación, bajo la denominación de “Casa A. F.”, quedando encargado éste al frente de su establecimiento como Director y Gestor; tomando el traspaso de un local y pagando 8.000 pesetas cada uno; que durante más de diez años ha estado vendiendo al demandado muebles fabricados en su taller de A., al precio de fábrica, así como enviando giros en metálico para pagar compras y amortizar todos los débitos; que durante los meses de agosto de 1936 a junio de 1937, el señor F. rogó al S. S. se pusiera al frente de la tienda, ya que él no podía atenderla, por encontrarse detenido, en este período el actor aplicó en amortización de sus aportaciones 24.308 pesetas, y que ha intentado llegar a un arreglo amistoso de cuentas, sin conseguirlo.

Se opuso el demandado, alegando sustancialmente que al hacerse car-

go nuevamente del negocio en junio de 1937, se encontró con que algunas operaciones realizadas por el señor S. no figuraban en la contabilidad, dirigiéndose por carta al mismo para que le enviase las notas y facturas correspondientes al tiempo de su gestión, y como no las consiguió, es imposible efectuar la liquidación de cuentas, pidiendo se desestime la demanda.

En trámite de prueba, la parte actora presentó un documento fechado en 11 de abril de 1944, en el cual ambas partes convienen las bases para la liquidación y someter el pleito al juicio de amigables componedores. Se acordó la suspensión del procedimiento a solicitud de las dos partes, y levantada a solicitud del demandante, continuó en trámite de conclusiones, alegando el demandado incompetencia del Juzgado para seguir conociendo del asunto, por haberse sometido ambas partes a la jurisdicción arbitral de amigables componedores y ratificándose en su escrito de contestación a la demanda, caso de que el Juzgado se estimase competente. El Juez dictó sentencia estimando la demanda, declarando la existencia de la Sociedad y la obligación del socio gestor de rendir cuentas, fallo confirmado por la Audiencia y recurrido por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Números 1.º y 7.º del art. 1.692 de la LEC, por violación de los arts. 1.820, 1.809 y 1.816 del C. c., al no haberse abstenido de fallar sobre el fondo del asunto, después de acreditar el hecho, de establecer compromiso sustituyendo la autoridad judicial por la de amigables componedores, y por manifiesto error de derecho en la apreciación de la prueba practicada.

Segundo. Números 1.º y 7.º del art. 1.692 de la LEC, por interpretación errónea y error de derecho en la apreciación de la prueba del artículo 239 del C. de c., al estimar el fallo recurrido, la existencia de una asociación de cuentas en participación, sin el requisito exigido por el mencionado artículo de la constitución de un capital convenido para hacerse partícipes en los resultados prósperos o adversos del mismo.

Tercero. Números 1.º y 7.º del art. 1.692 de la LEC, por violación, al ser indebidamente aplicado, del art. 243 del C. de c., imponiendo a esta parte, por virtud de su aplicación, la obligación de rendir cuentas durante el período comprendido entre el mes de enero de 1928 hasta el 31 de marzo de 1938.

CONSIDERANDO: Que propone el motivo primero del recurso una cuestión que sólo podía tener lugar en el mismo al amparo del número 6.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, si se hubiera planteado en los escritos fundamentales del pleito, porque al razonar el recurrente sobre el documento privado, que presentó en el curso del juicio el actor, y en el que ambas partes aparecen obligadas a someter el asunto en litigio a amigables componedores, lo hace en el sentido de estimar que la Sala de instancia ha resuelto con incompetencia de jurisdicción, y aunque también invoca el núm. 7.º del precitado artículo, no refiere el error de derecho que atribuye a la prueba apreciada a precepto alguno relativo a su valoración; y es cierto que, como el motivo expone, el art. 187 de la LEC faculta a los litigantes para someter toda contestación entre ellas, antes o después de deducida en juicio y cualquiera que sea su estado, a árbitros o amigables componedores, pero sólo puede este compromiso producir el efecto de poner término a la relación procesal si fundándose en él lo solicitan expresamente todos los interesados o el actor desiste de su demanda, sin que para ello baste la solicitud del demandado aun apoyada, cual la que el recurrente produjo en el pleito, en el compromiso a que alude, falta del requisito esencial de hallarse otorgado en escritura pública,

exigible a los contratos de esta clase, según el art. 1.821 del C. c., en relación con el 792 y concordantes de la LEC, como tiene ya declarado esta Sala en su Sentencia de 30 de marzo último, de donde se sigue que la sentencia que el recurso combate no ha incurrido en ninguna de las infracciones que, fundándose en que la Sala sentenciadora debió abstenerse de fallar sobre el fondo de la cuestión, denuncia el motivo.

CONSIDERANDO: Que afirmado en la demanda deducida por don S. S. D., como hecho fundamental de la acción ejercitada en ella, con base en el artículo 253 del C. de c., la existencia de una sociedad de cuentas en participación, de la que don A. F. A. era el gestor, obligado por ello, conforme al citado artículo, a la rendición de las cuentas que de él demandaba, y reconocida por el demandado expresamente al contestar, la certeza de aquella afirmación, con discrepancia tan sólo respecto a la cuantía de las aportaciones del demandante a la Sociedad y al obstáculo que, a su parecer, oponía al rendimiento de su cuenta el que no le hubiera rendido previamente el demandante la de su gestión como apoderado suyo en el negocio durante el tiempo en el que él estuvo detenido, constituyeron estos dos extremos la materia controvertida en el pleito, y, al ser esto así, no puede desconocerse la novedad de la cuestión que ofrece el motivo segundo al referir las infracciones que en él se alegan a la inexistencia del contrato de cuentas en participación, punto que por no haberse debatido sobre él en el pleito carece de acceso a la casación, según la reiterada jurisprudencia de esta Sala.

CONSIDERANDO: Que tampoco es estimable el motivo tercero, porque amparándose en los números 1.º y 7.º del art. 1.692 de la LEC, alega en éste el supuesto de un error de derecho al apreciarse el documento privado que antes se ha dicho, sin cita de precepto alguno relativo a su valoración, como sería preciso para que pudiera ser atendible, y en el número primero el de la infracción de los preceptos sustantivos y doctrina que señala para acusar a la Sala de instancia de no haber tenido en cuenta las obligaciones que el actor debía cumplir, y de no haber analizado ni resuelto en la sentencia las excepciones opuestas al contestar a la demanda con el carácter de perentorias, por el hecho de aquel incumplimiento; mas esta alegación carece de eficacia para el recurso, ya que, aparte de que el demandado no formuló reconvencción que exigiera al juzgador de instancia hacer pronunciamiento alguno relativo a las obligaciones del actor, no se ha propuesto por el recurrente al amparo del número segundo, o del tercero, del citado art. 1.692 de la Ley Procesal.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 6 JULIO 1950

Competencia: lugar del comienzo de ejecución.

Con arreglo a reiterada doctrina de esta Sala, debe decidirse la competencia a favor del Juzgado del domicilio del vendedor cuando en el mismo comenzó a pagarse el precio cuyo resto se reclama.

SENTENCIA 21 SEPTIEMBRE 1950

Principio de prueba para resolver una competencia.

El documento sin firma no negado claramente por el demandado, que lo aduce como base de una reclamación en una carta y en una demanda anterior, debe tenerse como principio de prueba escrita suficiente, a efectos de competencia.

Lugar de cumplimiento: por el comienzo de ejecución.

Es doctrina de la jurisprudencia de esta Sala que el lugar donde se han cumplido algunas de las obligaciones ha de tenerse por designado para el cumplimiento de las restantes.

SENTENCIA 21 SEPTIEMBRE 1950

Competencia en los casos de incumplimiento.

El juez competente para entender de los litigios sobre cumplimiento de un contrato, lo es también para conocer de los que surjan por su incumplimiento y la indemnización a que éste dé origen.

SENTENCIA 21 SEPTIEMBRE 1950

Principio de prueba para resolver una competencia.

La contradicción de los principios de prueba escrita estimables en razón de la competencia impide fundar con razonable seguridad sobre cualquiera de ellos el criterio que pudiera determinarla.

SENTENCIA 22 SEPTIEMBRE 1950

Principio de prueba para resolver una competencia.

Es principio por escrito suficiente para resolver una competencia los documentos acompañados a la demanda, no impugnados en su contenido por ninguno de los litigantes.

Preferencia para resolver una competencia en los casos de acumulación.

Tratándose de acciones legítimamente acumuladas, la competencia para conocer de todas ellas se determina, si son de igual rango jurídico, por la que representa mayor volumen económico.

SENTENCIA 23 SEPTIEMBRE 1950

Competencia para resolver un incidente de pobreza.

Según constante jurisprudencia, el juez competente para conocer de un pleito lo es para todas sus incidencias, como lo es la demanda de pobreza.

SENTENCIA 23 SEPTIEMBRE 1950

Sumisión expresa en las competencias: necesidad de poder especial.

En cumplimiento del artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prescribe que la sumisión expresa ha de ser hecha por los interesados, viene la jurisprudencia de esta Sala enseñando con reiteración que la dicha sumisión, por su trascendencia a los causahabientes, ya herederos o cesionarios, es un acto personalísimo y solamente mediante un poder especial puede ser efectuada por representación.

Principio de prueba para resolver una competencia.

Los documentos consistentes en varias cartas por figurar originales en los autos han de estimarse principios de prueba escrita, a efectos de resolver la cuestión de competencia suscitada.

SENTENCIA 23 SEPTIEMBRE 1950

Reposición de cuentas bancarias expoliadas bajo dominio marxista.

ANTECEDENTES.—Por la especialidad del caso que surge como consecuencia de la Ley de 12 de diciembre de 1942, y que llega al Tribunal Supremo por la vía del recurso creado en el art. 21 de dicha ley contra el fallo de la Comisión Central de Reclamaciones Bancarias, no exponemos más que los

CONSIDERANDO: Que para la exención de responsabilidad impuesta a los establecimientos de crédito por el artículo 2.º de la Ley de 12 de diciembre de 1942, cuando esa exención se funde en haber extraído cantidades de las cuentas corrientes, por orden de alguna autoridad, se requiere, según el apartado a) del artículo 3.º de la misma ley, que esa autoridad estuviese constituida con anterioridad al 19 de julio de 1936; que en la zona marxista hubiera actuado dentro del círculo de su jurisdicción o competencia y que su actuación fuese aplicando leyes ya vigentes antes de aquella fecha.

CONSIDERANDO: Que ni el Comisario Delegado para la Banca, de la Generalidad de Cataluña, se había constituido oficialmente como autoridad antes del 19 de julio de 1936; ni las disposiciones mediante cuya aplicación, según alegación del propio recurrente, ordenó la extracción de cantidades de la cuenta corriente de don J. y don A. M. B., le autorizaban más que para destinar las cantidades extraídas a Empresas, establecimientos o

contratas de los titulares de la cuenta; pero no a transferirlas sin motivo a personas o entidades distintas de esos titulares, como se ordenó por el Comisario y ejecutó el Banco demandado; ni las disposiciones alegadas eran leyes de vigencia anterior a la fecha expresada, por lo que no concurre en el caso de autos ninguna de las condiciones exigidas para la exención de responsabilidades pretendida por dicho Banco.

CONSIDERANDO: Que si las obras de edificación en el número 22 de la Ronda de San Pedro fueron ejecutadas por cuenta de don J. M. B. y éste resultó *deudor* de dichas obras, es decir, que tuvo o tiene que pagar su importe a los constructores, según tesis del demandado y recurrente expuestas en las posiciones séptima y octava presentadas para la confesión de aquél (folio 62 vuelto de los autos), es evidente que cualquiera que haya sido el destino dado por "M. y O., S. A.", o por el "A. de la C. de B.", a las pesetas extraídas de la cuenta corriente de don J. y don A. M. B. no fué el de *pagar* esas obras *por cuenta* de don J. sin obligación de pagar a éste su importe a los constructores, ni el de adquirirlas para que ingresasen en su activo sin *pagarlas*, únicos supuestos coincidentes con los que, según el apartado c) del artículo 3.º de la Ley de 12 de diciembre eximirían de la responsabilidad al Banco demandado, de todo lo cual resulta la improcedencia del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 25 SEPTIEMBRE 1950

Sumisión expresa en la competencia: requisitos.

La sumisión de los contratantes ha de ser personal y cierta, requisito que no concurre al no hallarse firmado el documento en el que aparece estipulada aquélla.

SENTENCIA 25 SEPTIEMBRE 1950

Competencia—acción personal: conocimiento preferente por el Juez del domicilio del demandado.

Negada por el demandado la existencia del contrato de arrendamiento de servicios que sirve de base al demandante para reclamarle el pago de los honorarios que dice devengados, sin que en lo actuado conste principio alguno de prueba que siquiera indiciariamente acredite la relación contractual arrendaticia, no hay posibilidad de aplicar la norma jurisprudencial que, para supuestos en que se demuestre o no se desconozca el vínculo jurídico invocado en la demanda, atribuye el conocimiento del pleito al Juez del lugar en que los servicios fueron prestados, pues en el supuesto contrario, que es el de autos, corresponde el conocimiento preferente al Juez del domicilio del demandado, según reiteradas declaraciones de esta Sala.

SENTENCIA 4 OCTUBRE 1950

Reposición de cuentas bancarias expoliadas bajo dominio marxista.

Conforme se expresa en el artículo 4.º de la Ley de 12 de diciembre de 1942, basta para suponer la intimidación o violencia de las sacas o extracciones de las cuentas corrientes o depósitos en efectivo que los Establecimientos de crédito hubiesen debido conocer el vicio o defecto del consentimiento por la notoriedad del hecho o por las circunstancias del mismo y el traspaso en su totalidad del saldo de la cuenta a favor del Comité de Control Electro-Harinero, que dió lugar a la cancelación de ésta producido durante la dominación marxista, y sin que existiera en el Banco antecedente alguno de obligaciones contraídas por el titular de la cuenta a favor del expresado Comité, constituía sospecha suficiente para inducir al Banco que se trataba de una operación ilícita realizada en circunstancias anormales, como era la detención del titular de la cuenta, extremo de fácil comprobación en el pueblo de la residencia de los litigantes.

ANTECEDENTES.—Aparecen suficientemente expuestos en los Considerandos.

CONSIDERANDO: Que la Ley de 12 de diciembre de 1942, que determinó las obligaciones de los Bancos y Establecimientos de crédito, respecto a la reposición en cuentas corrientes, imposiciones o depósitos en efectivo de las cantidades extraídas bajo la dominación marxista, estableció por su artículo 2.º que se reputarían bien hechos los pagos realizados por tales Entidades cuando el talón u orden de entrega contuviera la firma del titular de la cuenta corriente, imposición o depósito respectivo o de su apoderado; pero, como excepción a este principio general, dispuso por su artículo 4.º que en el supuesto de que las sacas o extracciones hubiesen sido realizadas por medio de talones o cualquiera otra clase de órdenes de pago firmados por intimidación o violencia, los Establecimientos de crédito quedarían obligados a reponer siempre que conociesen el vicio o defecto del consentimiento prestado por el firmante o hubiesen debido conocerlo por la notoriedad del hecho o por las circunstancias del mismo, reputándose firmados por intimidación o violencia, salvo prueba en contrario, los efectos o documentos suscritos por personas que estuvieran encarceladas o detenidas por sus ideales patrióticos en el momento de extenderlos o negociarlos.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida declara como hechos probados que don I. V. Z. estaba encarcelado el 30 de noviembre de 1937, y que hallándose en tal situación fué obligado a firmar un documento de transferencia de la totalidad del saldo de su cuenta corriente en la sucursal del Banco Español de Crédito de Don Benito, a la cuenta del Comité de Control Electro-Harinero de la fábrica que funcionaba bajo las instrucciones y órdenes del Comité Rojo, transferencia acreditada por la diligencia de reconocimiento de libros del demandado, por lo cual concurre en el caso discutido, según dicha sentencia

reconoce, el primero de los requisitos exigidos por el artículo 4.º de la Ley de 12 de diciembre de 1942, o sea, la firma del documento llevada a efecto bajo intimidación o violencia, y si bien es cierto, como dicha sentencia declara, que no se ha demostrado que el Banco conociera en aquel entonces la realidad de la detención de don I. V., ni siquiera que se le hubiese amenazado para la obtención de la firma del documento ordenando la transferencia dicha, ni que tales detención e intimidación tuvieran notoriedad en la población, no es menos cierto que no cabe deducir de ello la no concurrencia de los otros requisitos que el citado artículo exige para la procedencia de la reposición, ya que según el texto citado no es indispensable que el Establecimiento de crédito correspondiente conociera el vicio o defecto del consentimiento prestado por el firmante, sino que basta con que hubiese debido conocerlo por la notoriedad del hecho o por las circunstancias del mismo, y en el caso presente la prueba documental constituida por el extracto de cuenta corriente del actor cotejada con los libros del demandado, así como la confesión de éste acreditan que en 30 de noviembre de 1931 fué trasladado en su totalidad el saldo de dicha cuenta a favor del Comité de Control Electro-Harinero, lo que dió lugar a la conclusión de aquélla, y tal circunstancia producida dentro de la dominación marxista, y sin que existiera en el Banco antecedente alguno de obligaciones contraídas por el titular de la cuenta en favor del expresado Comité constituía motivo suficiente para inducir al Banco a la sospecha de que se trataba de una operación ilícita realizada en circunstancias anormales, como era la detención del titular de la cuenta, extremo de fácil comprobación en el pueblo de la residencia de los litigantes, y para lo cual el Banco debió de haber llevado a cabo las oportunas gestiones, y al no estimarlo así la sentencia recurrida aprecia con evidente error las pruebas documental y de confesión antes aludidas, y consiguientemente, infringe el artículo 4.º de la Ley de 12 de diciembre de 1942, por lo que procede la estimación del recurso en sus dos motivos.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 20 OCTUBRE 1950

Competencia: acción personal.

A falta de sumisión expresa o tácita, primer elemento básico de la competencia territorial, el art. 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en su regla 1.ª otorga preferencia para conocer de los juicios en que se ejerciten acciones personales al Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación que al no aparecer concretamente designado es aquel, según doctrina jurisprudencial, donde voluntariamente hayan empezado a cumplirse las prestaciones que integran las recíprocas obligaciones convenidas.

SENTENCIA 26 OCTUBRE 1950

Principio de prueba en la competencia.

La certificación expedida por un Banco aportada por el actor constituye un principio de prueba a efectos de resolver la competencia.

SENTENCIA 15 NOVIEMBRE 1950

Principio de prueba para resolver una competencia.

Es principio de prueba para resolver una competencia la certificación del despacho de la RENFE de una estación acreditando el envío de géneros a porte debido.

Principio de prueba para resolver una competencia: momento de presentar documentos en los juicios verbales.

La presentación de documentos para justificar la competencia al contestar el requerimiento inhibitorio no es extemporánea si se trata de un juicio verbal.

Competencia—acción personal: competencia mercantil.

Con arreglo a reiterada jurisprudencia de esta Sala, establecida en aplicación del art. 1.500 del Código civil, salvo pacto en contrario, los géneros de comercio se entienden entregados en el establecimiento del vendedor, y al Juez de este lugar corresponde conocer de la demanda reclamando el pago del precio.

SENTENCIA 21 NOVIEMBRE 1950

Arrendamientos urbanos—extinción del contrato por pérdida de la cosa arrendada.

El concepto de siniestro a que se refiere el art. 155 de la Ley de Arrendamientos, como causa de resolución del contrato, por pérdida de la cosa arrendada, es un concepto objetivo y se da siempre que se produce una avería o pérdida de importancia en una cosa o la destrucción de la misma, independientemente de las causas que la motivaron y no puede estimarse que solamente cuando obedezcan a caso fortuito y no a culpa o negligencia de alguien puedan tales efectos materiales ser calificados de siniestro.

Arrendamientos urbanos: aplicación de la analogía.

Conforme al art. 13 de la Ley de Arrendamientos, sólo cabe que los Tribunales apliquen sus preceptos por analogía en aquellos casos en que, no obstante referirse a las materias que la misma regula, no aparezca expresamente prescrita en la misma la cuestión debatida.

ANTECEDENTES.—Arrendado un pajar con su nave, en Cercedilla, el año 1947 se hundió el techo, y llevada a cabo la reparación por la propietaria, no entregó de nuevo el local al que era el antiguo arrendatario por estimar que en la reconstrucción había invertido una cantidad superior al 50 por 100 del valor de la finca, que, excluido el solar, tenía asignado la finca a efectos fiscales.

El Juzgado de Primera Instancia de San Lorenzo del Escorial dictó sentencia condenando a la demandada a reponer al actor en la posesión arrendaticia, que fué revocada por la Audiencia Territorial, y recurrida la sentencia se resuelve por los siguientes

CONSIDERANDO: Que el artículo 155 de la Ley de Arrendamientos Urbanos estima como causa de resolución de los contratos por ella regulados la pérdida de la cosa arrendada, reputándose que ha habido tal pérdida cuando habiendo sido afectada de siniestro la cosa objeto del arrendamiento requiriese para ser repuesta a su normal utilización de obras cuyo costo excediera del 50 por 100 del valor que, excluido el del solar, tuviese asignado la finca a efectos fiscales al tiempo de ocurrir la pérdida, y como estas circunstancias se dan en el presente caso en cuanto la cosa arrendada fué afectada por un siniestro y el coste de las obras necesarias para su reparación sobrepasó el mencionado porcentaje, según declaración hecha por la Sala sentenciadora como resultado de la apreciación de la prueba, declaración que no ha sido impugnada por la vía de la causa cuarta del artículo 173 de la expresada Ley, hay que concluir que la Sala aplica debidamente el indicado artículo 155, sin que pueda admitirse con el recurrente que ha sido erróneamente interpretado porque el concepto de siniestro es un concepto objetivo y se da siempre que se produce una avería o pérdida de importancia en una cosa o la destrucción de la misma, independientemente de las causas que la motivaron y no puede estimarse que solamente cuando obedezcan a caso fortuito y no a culpa o negligencia de alguien pueden tales efectos materiales ser calificados de siniestro, aparte de que en el caso presente no resulta justificado que la pérdida de la cosa fuera debido a culpa o negligencia del arrendador en cuanto la Sala declara que no ha resultado probado que el techo del pajar se hundiese por las malas condiciones en que lo tuviera la propietaria ni que el arrendatario instase a la arrendadora en distintas ocasiones para que se llevara a efecto su arreglo, declaración de hecho que no ha sido combatida eficazmente en el recurso.

CONSIDERANDO: Que el artículo 156 de la repetida ley resulta inaplicable al caso debatido, porque lo que dicho texto establece es que cuando la autoridad competente disponga la ejecución de obras que impidan que la finca siga habitada, todos los contratos de arrendamiento a que la ley se refiere se reputarán en suspenso por el tiempo que duren aquéllas, quedando, por lo tanto, suspendida por igual período la obligación del pago de la renta, y como en el caso presente las obras no se ejecutaron por mandato de autoridad alguna, sino espontáneamente por la propietaria arrendadora, por causa del siniestro producido en la cosa arrendada, es visto que la Sala sentenciadora no ha cometido ninguna infracción al no aplicar dicho artículo, sin que la analogía invocada por el recurrente para sostener su

aplicación pueda admitirse, porque conforme al artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sólo cabe que los Tribunales apliquen sus preceptos por analogía en aquellos casos en que no obstante referirse a las materias que la misma regula no aparezca expresamente prescrita en la misma la cuestión debatida, pero esta cuestión se halla expresa y claramente prevista en el artículo 155, que es el que la Sala interpreta acertadamente y rectamente aplica, como se ha dicho anteriormente, por todo lo cual procede la desestimación del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 NOVIEMBRE 1950

Arrendamientos urbanos: prórroga en los locales de espectáculos.

La prórroga obligatoria existe, aun cuando el plazo de años en el arrendamiento, anterior a 1 de enero de 1947, sea como consecuencia de varios contratos.

ANTECEDENTES.—Como se desprende claramente de los considerandos de la sentencia, el problema sometido al T. S. consistía en determinar si la duración de dos años que para la prórroga de los contratos de arrendamiento de un local dedicado a cinematógrafo y al que se refiere el artículo 6.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos tenía que ser como consecuencia de un solo contrato o bastaba la posesión arrendaticia no interrumpida basada en más de un contrato.

CONSIDERANDO: Que para desestimar la acción de desahucio del "Salón Hesperia", fundada la acción en haber expirado el plazo de dos años señalado en el contrato de arrendamiento de 15 de marzo de 1946, la Sala sentenciadora afirmó que el demandado venía en la posesión arrendaticia ininterrumpidamente desde el año 1933—cuestión de hecho—, y que a efectos de interpretación y aplicación del artículo 6.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos es indiferente que dicha posesión responda a un solo contrato prorrogado desde 1933 o se deba a sucesivos contratos independientes que las mismas partes hayan celebrado sobre arrendamiento del mismo Salón—cuestión de derecho—, y frente a estas apreciaciones de la sentencia recurrida se alzan los dos primeros motivos del recurso, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil para mantener la tesis de que los contratos celebrados en el año 1933, 1942 y 1946 son independientes y cada uno de ellos determinó la extinción del vínculo contractual anterior y dió nacimiento a una relación jurídica nueva o desligada de las que la precedieron, pero no se impugna la afirmación de que el demandado no cesó en el disfrute de lo arrendado desde 1933, que es lo que podría ser tratado en casación por la vía procesal utilizada, sino que se combate una apreciación jurídica con cauce adecuado, en su caso, en el número primero del citado artículo de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que no son viables los dos primeros motivos del recurso.

CONSIDERANDO: Que sobre la base de que se está en presencia de un arrendamiento de industria cinematográfica, según se acepta de modo implícito en el considerando primero de la sentencia impugnada y explícitamente en el tercer motivo del recurso, el problema jurídico fundamentalmente planteado en el proceso consiste en precisar si la industria arrendada está sometida al régimen de la legislación civil por aplicación del artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos y, en consecuencia, procede el desahucio al expirar el plazo de dos años fijado para su duración en el último contrato, de 15 de marzo de 1946—tesis del recurso—o si el desahucio es improcedente por virtud de lo dispuesto en el artículo 6.º de la misma Ley, que, por excepción del artículo 4.º, somete a la legislación especial de arrendamientos urbanos, con secuela de prórroga forzosa e indefinida de vigencia en favor del arrendatario, la industria o negocio de espectáculos, si el 1.º de enero de 1947 la duración excediera de dos años, como excedía en el caso discutido, computando el plazo a partir del año 1933 en que el arrendatario comenzó la explotación del negocio y en ella se ha mantenido sin interrupción, siquiera fuese en virtud de sucesivos contratos con distintos plazos de duración y con distinto precio—tesis de la sentencia recurrida—.

CONSIDERANDO: Que si los términos literales del artículo 6.º permitirían referir el plazo mayor de dos años a la duración del contrato vigente en 1.º de enero de 1947, dada la sinonimia con que la ley usa de los vocablos "arrendamiento" y "contrato de arriendo", y no obstante las consecuencias funestas que para el propio arrendatario de industria cinematográfica por plazo contractual no superior a dos años pudiera acarrear otra interpretación del precepto ante la negativa del arrendador a prorrogar o celebrar nuevo contrato con el mismo arrendatario para no quedar vinculado por la prórroga forzosa, es lo cierto que la *ratio legis* conduce a interpretación lógica distinta en el sentido de proteger al arrendatario con prórroga indefinida si en 1.º de enero de 1947 llevaba más de dos años en la posesión no interrumpida de la industria o negocio de espectáculos, aunque tal posesión responda a distintas relaciones contractuales, pues éste es el criterio que informó la publicación del Decreto de 2 de agosto de 1934, sustancialmente acogido en el artículo 6.º de la ley vigente, claramente expresivo, según el preámbulo del Decreto, de que el legislador quiso mantener el imperio de la legislación común en los arrendamientos de negocios de espectáculos de corta duración o por temporada, fiestas y "tournees", amparando, en cambio, con la prórroga forzosa la legislación especial a los arrendatarios de negocios estables, permanentes o de mayor duración en el disfrute del negocio por el mismo arrendatario, y en este sentido se ha pronunciado ya la sentencia de 21 de abril de 1949, en caso similar al de autos, declarando que el plazo mayor de dos años a que aluden el artículo 6.º de la vigente ley y la adición introducida por el Decreto de 2 de agosto de 1934 en relación con el artículo 2.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, se refiere a la duración del arrendamiento o de la situación arrendaticia, no exclusivamente al plazo fijado en el contrato; aparte de

qu: si surgiesen dudas en la interpretación y explicación de la ley protectora del arrendatario habrían de decidirse en favor de éste.

CONSIDERANDO: Además, que si el hecho de haberse fijado en el contrato vigente un plazo de duración no superior a dos años pudiera ser revelador de que la arrendadora quiso excluir la aplicación de la ley de alquileres, acusa designio contrario la carta indiscutida que su marido dirigió al demandado poco tiempo después de la publicación del texto articulado de la nueva ley; anunciándole que de acuerdo con ésta le elevaba en un 40 por 100 la renta del local "Salón Hesperia" sobre lo que le correspondía pagar el 17 de julio de 1936, y este aumento, por lo menos en parte, fué llevado a efecto, y, en consecuencia, procede desestimar también el tercero y último motivo del recurso, que denuncia, sin fundamento legal suáciente, la infracción de los artículos 1.569 del Código civil y 6.º de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 NOVIEMBRE 1950

Arrendamientos urbanos: continuación en el arrendamiento.

La disolución de una Sociedad arrendataria de un local de negocio no puede equipararse al fallecimiento del arrendatario a los efectos de la continuación en el arrendamiento que se previene en el art. 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

ANTECEDENTES.—Entre dos Sociedades, una anónima y la otra de responsabilidad limitada, dedicadas ambas al negocio de decoración y fabricación de muebles se llegó a un convenio calificado en la demanda de "asociación mercantil" y en la sentencia de "consorcio", en el que una de ellas aportaba un local que poseía en alquiler, para lo cual contaba con autorización del propietario, presidente, a su vez, de la Sociedad arrendataria, mientras tanto que no cesara el contrato entre las dos Sociedades. El año 1948 la Sociedad arrendataria fué disuelta, y el propietario del inmueble inició desahucio a precario contra la otra, la cual demanda a su vez al propietario al amparo de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El Juez de primera instancia acogió la excepción de litis pendencia, sentencia que fué revocada por la Audiencia, desestimándose la excepción y declarando no haber lugar a la demanda. Recurrída la sentencia al amparo de las causas 3.ª y 4.ª del art. 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se resuelve por los siguientes

CONSIDERANDO: Que el artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuya inaplicación se alega como causa del recurso, en su punto primero, único interesante al caso en cuestión, sólo reconoce al socio derecho a advenir arrendatario por muerte de su consocio que lo fuese al morir, a falta de heredero o del deseo de éste a continuar el arrendamiento.

CONSIDERANDO: Que al hecho de la muerte, independiente de la voluntad del que muere, no puede equipararse en derecho, si no es metafóricamente,

la disolución de una Sociedad por la exclusiva voluntad de sus socios para estimar el derecho a advenir arrendataria otra que a su vez se halle en sociedad con la que lo sea de su disolución voluntaria.

CONSIDERANDO: Que la autorización concedida por el arrendador, don A. N. N., a la arrendataria, "A. S.", para el "consorcio" con "L.", estaba condicionada por la cláusula convenida de que no cesaría, "quedando únicamente en vigor el referido contrato de 10 de mayo de 1942", es decir, el de arrendamiento con "A. S.", "si por *cualquiera circunstancia*" cesara el consorcio con "L.", y habiendo cesado dicho consorcio, por disolución voluntaria de aquélla, si ahora, por el acto voluntario de su disolución, adviniere, contra la voluntad del arrendador, arrendataria la Sociedad "L.", resultaría que el cumplimiento del contrato de autorización había quedado al arbitrio de "A. S.", contra lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código civil, y el nuevo pretendido arrendamiento con "L." no tendría su origen ni en la voluntad del arrendador ni en la disposición de la ley, pues, como se ha dicho, el artículo 73 de la de Arrendamientos Urbanos sólo impone el de arrendamiento con el socio, cuando haya ocurrido el hecho involuntario de la muerte de su consocio.

CONSIDERANDO: Que el punto primero del artículo 73 citado, no se refiere a dos supuestos, como estima el recurrente, fundado en que una persona natural no puede morir sin heredero, pues así puede ocurrir cuando distribuye toda la herencia en legados, caso previsto en el artículo 891 del Código civil, de lo que resulta inaceptable tal interpretación, y, en consecuencia de todo lo dicho, la inaplicación al caso del precepto cuya infracción se alega como causa del recurso, improcedente por la misma.

CONSIDERANDO: Que contra lo anteriormente expuesto, que lleva a la misma conclusión que la aceptada en la sentencia recurrida, nada arguye que los socios de "A. S." hayan renunciado a su preferente derecho a continuar el arrendamiento, ni que el contrato entre aquélla y "L." deba calificarse de Sociedad, lo que también impide estimar el recurso por los supuestos errores en la apreciación de la prueba, alegados como otra causa del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 23 NOVIEMBRE 1950

Arrendamientos urbanos: recurso de injusticia notoria.

El recurso de injusticia notoria, al igual que el de casación, se da contra el fallo y no contra los fundamentos de la sentencia.

ANTECEDENTES.—Discutido en el pleito el alcance de la causa de resolución del contrato, comprendida en el núm. 5 del art. 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se resuelve por los fundamentos que a continuación se exponen, de los que no cabe deducir doctrina sustantiva.

CONSIDERANDO: Que el artículo 149, apartado quinto, de la Ley de Arrendamientos Urbanos prohíbe claramente al inquilino, so pena de in-

cidir en causa de resolución del contrato llevar a cabo sin el consentimiento del propietario del local arrendado obras que modifiquen la configuración de éste o que debiliten la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción, precisando y aclarando en sentido de indudable restricción el contenido del artículo 5.º, letra d), del Decreto de 29 de diciembre de 1931, que vedaba al inquilino, sin dicho consentimiento, la realización de obras que alterasen las condiciones del edificio o causar daños de costosa reparación.

CONSIDERANDO: Que tal prohibición es susceptible de una atenuación o moderación en el párrafo siguiente de dicho artículo, en el que se previene que cuando el inquilino pusiere a disposición del arrendador la cantidad necesaria para volver la vivienda o local de negocio a su estado anterior a la obra antes de iniciarse ésta, no procederá la resolución del contrato si la misma no debilita la resistencia de los materiales empleados en su construcción y si el importe de las obras verificadas es inferior al de una mensualidad de renta, poniendo así este margen de tolerancia que se otorga al inquilino, supuestas las demás circunstancias citadas, en relación con la cuantía de la renta satisfecha por el inquilino, sin que ante el tenor literal del precepto legal—"antes de iniciar las obras" y "si son inferiores al importe de una mensualidad de renta", dice dicho artículo—quepa argüir, como se hace en el recurso, diciendo que lo que interesa al propietario es que se restituya la finca al estado anterior, porque no cabe hacer decir a la Ley otra cosa que lo que dice, máxime cuando no representa ningún absurdo que cuando el arrendatario pretenda realizar obras para su comodidad, tenga una limitación en la entidad de las mismas en relación con la cuantía de la renta.

CONSIDERANDO: Que en el caso de autos la sentencia recurrida funda su fallo en que el arrendatario, prescindiendo de la oposición de la propiedad, llevó a cabo otras que alteraron la configuración de la vivienda, consistentes en lo esencial en abrir una puerta en pared medianera, a fin de comunicar el piso que tiene arrendado con la casa contigua, que es de la pertenencia del propio inquilino, apreciación que se hace por éste mismo, y que la sentencia estima, sin que tal estimación resulte enervada por los reconocimientos que se hacen en el segundo motivo del recurso, ya que no es asimilable la simple apertura de una puerta para comunicar entre sí diversos departamentos de una vivienda con la que se verifica para comunicar con otra finca de distinto propietario, como en el caso presente, ni menos admitir que de los informes periciales se deduzca en este caso el error *manifiesto* en la apreciación de la prueba que se invoca.

CONSIDERANDO: Que esto sentado y no probado el importe de las obras realizadas en la finca, lo que incumbe al inquilino, a virtud del principio "*reus in exceptione actor fit*", recogido en el artículo 1.214 del C. c., base indispensable para conocer si fueron inferiores, iguales o superiores al importe de una mensualidad, es indudable que la sentencia recurrida procedió con acierto estimando la demanda resolutoria del contrato de arrendamiento, fundada en la realización de obras no autorizadas por el propietario, sin que sea preciso por ello entrar en el examen de los otros dos

motivos del recurso, referentes a la puesta a disposición de la indemnización por el inquilino y a la pretendida incongruencia por falta de alegación sobre el particular, puesto que sea cual fuere el criterio que pueda adoptarse sobre dichos extremos, la sentencia había de quedar subsistente con el fundamento indicado, y ya es sabido que el recurso de injusticia notoria, al igual que el de casación, se da contra el fallo y no contra los fundamentos de la sentencia.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 25 NOVIEMBRE 1950

Arrendamientos urbanos—sucesión por causa de muerte en los locales de negocio.

La continuación en el arrendamiento sólo alcanza a los herederos del arrendatario, pero no cabe una sucesión indefinida que permita la transmisión "mortis causa" de los continuadores de aquél.

ANTECEDENTES.—Aparecen recogidos en el primer considerando.

CONSIDERANDO: Que son bases de hecho reconocidas por los litigantes, o afirmadas por el Tribunal, como resultancia de las pruebas: Que doña L. F., madre de los demandantes don J. y don R. A. F. y F., funcionario de la Telefónica el uno, y el otro carpintero, tomó en arriendo, hacia 1912, los pisos bajo y tercero de la casa a que se refiere la demanda, a las demandadas y propietarias del inmueble, doña M de la SC. y doña S. P. P., y que en fecha no determinada, pero anterior a 1927, estableció en el bajo una tienda de comestibles, en cuyo comercio cesó en el año 1939, que hacia la citada fecha la arrendataria, de acuerdo con las propietarias, cesó en el arrendamiento del piso y continuó en el del bajo, destinado a tienda, utilizándole a la vez como casa-habitación, que hacia 1940 subarrendó la parte del bajo destinada a tienda a doña C. F., quien la dedicó a comercio de frutas y otros comestibles; que doña L., que siguió habitando el resto de dicho local, falleció en junio de 1944, sucediéndola en el arriendo su hijo J., que fallecido éste en 15 de julio de 1947 fueron declarados herederos abintestato sus hermanos, los demandantes, que no convivían con aquél, negándose las propietarias a reconocerles como continuadores del arriendo, y a la doña C. como subarrendataria, sin aceptar las rentas que ésta última les ofreció y, por último, que tanto la sentencia de primera como de segunda instancia afirman, sin que este punto sea contrariado en el recurso, que en el arrendamiento del bajo en cuestión debe ser reputado como local de negocio.

CONSIDERANDO: Que la cuestión fundamental del recurso planteada desde diversos puntos de vista en los dos motivos que éste contiene, versa sobre la interpretación que haya de darse al artículo 63 de la LAU,

y concretamente sobre si el derecho que confiere al heredero del arrendatario del local de negocios para el caso de fallecimiento de éste, ocurrido bajo la vigencia del contrato, a advenir arrendatario del mismo, se refiere exclusivamente al heredero del primitivo arrendatario, tesis del Juzgado o comprende a los herederos del continuador en el arrendamiento hasta el infinito, tesis sostenida por la Audiencia.

CONSIDERANDO: Que aun cuando es indudable que el contrato de arrendamiento generador en principio de un derecho de índole personal, y que se extingue, por lo tanto, con la muerte, se entiende *prorrogado ex lege*, por virtud del citado artículo, que tiene su precedente en la legislación anterior—artículo 3.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931—, y tanto en ésta como en la LAU vigente, ya se trate de viviendas, ya de locales de negocios, respondiendo a imperativos de la necesidad provocada por la escasez de viviendas, es lo cierto que para entender que la Ley autorizara una especie de vinculación indefinida a favor de los herederos, no ya del arrendatario contractual propiamente dicho, sino del continuador en su derecho, evidentemente contraria al principio de libertad de la propiedad, limitado justamente hoy por exigencias de orden social, pero no suprimido, sería preciso que expresamente se declarara por el legislador, lo que no ha ocurrido, y por esta razón ha de estimarse que beneficia este derecho sólo al sucesor por título de herencia del primitivo arrendatario, es decir, al primero que suscribió el contrato por el que se rige la relación jurídica arrendaticia.

CONSIDERANDO: Que a este argumento a favor de la primera de dichas interpretaciones se agrega otro derivado del examen de la propia Ley, y es que ésta no admite en principio esa sucesión indefinida tratándose del arrendamiento de viviendas, en el que el principio de la prórroga obligatoria de los contratos de arrendamiento obedece a exigencias todavía más imperiosas que las nacidas de la protección del patrimonio comercial, como más directamente entroncadas con el derecho a la vida, y buena prueba de ello es lo prevenido en la disposición transitoria novena, en la que se consigna que hasta que el Gobierno, por entender mejorado el problema de la vivienda disponga lo contrario, el beneficio establecido en los arts. 71 y 72 serán también aplicables a los parientes dentro del tercer grado, por consanguinidad del familiar del inquilino fallecido que hubiere continuado el contrato, por lo que resultaría contradictorio que lo que sólo a título excepcional, y en virtud de disposición expresa de la Ley, se concede al continuador del inquilinato, tratándose de arrendamientos de viviendas se otorgará de un modo normal y genérico al continuador del arrendatario del local de negocios.

CONSIDERANDO: Que a mayor abundamiento, esta interpretación es la que claramente se deduce del preámbulo o exposición de motivos de la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946, en el que se leen las palabras siguientes: “El derecho—se refiere al principio de la prórroga forzosa—se hace extensivo, sin necesidad de celebrar nuevo contrato, a los más próximos deudos del inquilino fallecido y transitoriamente a los parientes del mismo grado del familiar continuador que también falleciere... En el arren-

damiento de locales de negocios alcanza este beneficio, como es de justicia, al heredero del arrendatario y, en su defecto, al socio del finado titular"; pero sin que nada se diga con relación al caso de muerte del continuador en el arrendamiento del local de negocios.

CONSIDERANDO: Que, además, en el caso presente y de aceptarse la tesis sostenida en la sentencia de la Sala de Instancia, relativa a la continuación indefinida del contrato, a través de diversas sucesiones del arrendatario, y teniendo siempre presente que los demandantes accionan no como herederos de su madre, sino de su hermano don J., sucesor en el arrendamiento concertado por aquél, la invocación del aludido precepto resulta carente de toda eficacia moral y legal, por cuanto los demandantes, no sólo no explotaban ningún negocio en el piso o cuarto de que se trata, en el que tampoco convivían con el fallecido, sino que tienen profesiones diversas, procediendo por todas estas razones estimar el primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que, en cambio, respecto del segundo, en el que se alega la infracción del propio artículo 73, en el sentido de referirse éste solamente a los herederos testamentarios, pero no a los que lo son abintestato, ha de estimarse improcedente, en primer término porque la Ley habla de herederos, sin especificar su carácter, y donde la Ley no distingue no se debe distinguir, y porque, además, se daría el caso de que los más próximos familiares del inquilino llamados a la sucesión intestada podrían resultar privados de dicho beneficio porque su causante no hubiera otorgado testamento.

CONSIDERANDO: Que, como se afirma en el antepenúltimo considerando de la sentencia del Juz de primera instancia, al no ser los demandantes continuadores del primitivo arrendatario, y al haber desaparecido el negocio de éste, por subarriendo del local, no le asiste el derecho que pretenden ni tiene acción declarativa de la existencia de un subarriendo, al que, en todo caso, quedarían vinculadas exclusivamente las arrendadoras, perteneciente la acción a la subarrendataria desligada del arrendamiento extinguido, quien no la ejercita en el presente juicio.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 25 NOVIEMBRE 1950

Valor del silencio a la comunicación de las cuentas bancarias.

Si bien es cierto que según declaración de esta Sala en sentencia de 24 de noviembre de 1943 cabe apreciar que el silencio tiene la significación jurídica de asentimiento o conformidad cuando el que calla tiene obligación de contestar, o cuando menos sea natural o normal que se manifieste el disentimiento si no se quiere aprobar el hecho de que se tiene conocimiento, es correcta la apreciación de la sentencia recurrida que no asigna al silencio la valoración jurídica de conformidad con la cuenta comunicada, en atención a que el uso comercial sólo atribuye tal conformidad al silencio

cuando así se haya pactado en el contrato de cuenta bancaria y sólo cabe conceder asentimiento meramente contable al hecho de que el demandante haya anotado en sus libros la transferencia que le fué notificada por la parte demandada.

CONSIDERANDO: Que los cuatro primeros motivos del recurso acusan incompetencia jurisdiccional de la Comisión Central de Reclamaciones Bancarias para conocer del asunto en litigio, por estimar el recurrente que la competencia radica en los amigables componedores o, en otro caso, en la Sección provincial de Banca, como organismos creados a tal fin por la Ley de 13 de octubre de 1938, y para el debido enjuiciamiento del tema que plantean dichos motivos conviene recordar: primero, que el Decreto de 26 de mayo de 1938 suspendió los procedimientos judiciales instados para obtener la reposición en cuentas corrientes de las cantidades extraídas sin firma del titular o de su legítimo representante; segundo, que la Ley de 13 de octubre de 1938 reguló el procedimiento de restauración de la contabilidad de entidades bancarias que hubieran desaparecido por efecto de la guerra civil, y reguló también la reconstrucción de saldos bancarios activos y pasivos, afectados por la desaparición de la contabilidad, que quedaron inmovilizados, disponiendo a este fin que la reconstrucción contable se practicase mediante acuerdo entre el Banco y los clientes o, a falta de acuerdo, por amigable composición forzosa, con intervención en algún supuesto de las Secciones provinciales de Banca, para decidir acerca de las discrepancias que surgieran entre los interesados, y asignando carácter provisional al cifrado de saldos así obtenido, y tercero, la Ley de 12 de diciembre de 1942 alzó la suspensión de procedimientos ordenada por el citado Decreto de 26 de mayo de 1938 y dispuso el trámite a seguir en materia de reposición de cuentas corrientes afectadas por extracciones realizadas bajo dominio marxista en virtud de documentos no firmados por el titular de la cuenta o por persona legalmente autorizada, entre otros supuestos, mandando en los artículos 19 al 21 que conociese de los juicios incoados después de la publicación de aquella ley, con competencia exclusiva, la Comisión Central de Reclamaciones Bancarias, previo trámites de instrucción por las Comisiones provinciales o locales, si la cantidad reclamada en vía de reposición excediese de 25.000 pesetas, con recurso de alzada en revisión ante el Tribunal Supremo si la cuestión litigiosa excediese de 100.000 pesetas.

CONSIDERANDO: Que dados estos antecedentes legislativos y habida cuenta de que se recurre contra la sentencia de la Comisión Central de Reclamaciones Bancarias que condenó a la entidad demandada a que repusiera en la cuenta corriente de la parte actora la suma de 107.526,60 pesetas por virtud de transferencia hecha a favor de la Generalidad de Cataluña con cargo a dicha cuenta corriente sin documento firmado por el titular de la cuenta o de su legítimo representante, no es dudosa, en su aspecto legal, la desestimación de los cuatro primeros motivos del recurso: primero, porque el conocimiento de pretensiones encaminadas a la reposición en cuentas corrientes de cantidades indebidamente extraídas durante la dominación marxista está expresamente atribuido por los artículos 19 al 21 de la Ley

de 12 de diciembre de 1942, de modo exclusivo, a las Comisiones de Reclamaciones Bancarias en casos como el de autos en que la pretensión ha sido formulada después de la vigencia de dicha ley, y no a la amigable composición creada por la de 13 de octubre de 1938 para fines distintos, entre ellos el de reconstrucción de saldos activos y pasivos en cuentas corrientes; segundo, porque si bien es cierto que la reposición de cantidades extraídas de cuentas corrientes sitúa en condiciones de difícil defensa a las entidades bancarias que por causa de la guerra civil han perdido su contabilidad, no lo es menos que la Ley de 1942 no restringe el ámbito de su aplicación a los establecimientos de Banca que conservaren intacta su contabilidad, y no es de presumir que el legislador hubiera querido aplicar trato jurídico distinto a unas y otras entidades en materia de reposición de cuentas corrientes, ya que al dictar la Ley de 13 de octubre de 1938 mantuvo viva la suspensión de todo procedimiento sobre reposición ordenada por el Decreto de 26 de mayo de aquel año y no fué alzada la decretada suspensión hasta la publicación de la Ley de 12 de diciembre de 1942, lo que demuestra que la de 1938 no quiso atraer a su esfera de acción los problemas de reposición de cuentas corrientes expoliadas, y tercero, porque la autoridad de cosa juzgada que adquieran los fallos de las Comisiones de Reclamaciones Bancarias o los dictados por esta Sala podrá ser revisada por la vía del recurso extraordinario que autoriza el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento civil si más tarde apareciese el documento a que alude su número primero, que demostrase la existencia de orden del titular de la cuenta para efectuar la extracción de la cantidad que la Comisión Central manda reponer a base de que tal orden no ha existido.

CONSIDERANDO: Que conforme los litigantes en el hecho de que la entidad bancaria demandada comunicó a la demandante en noviembre de 1936 el estado de su cuenta, en la que figuraba el cargo a la actora de 119.474 pesetas por transferencia a la Generalidad de Cataluña el 3 de septiembre anterior, sin que la demandante haya opuesto reparo alguno a dicho cargo hasta el año 1944, en que promovió el presente litigio sobre reposición en la cuenta de la referida cantidad por haber sido extraída indebidamente, estima el Banco recurrente en los últimos motivos, quinto, sexto y séptimo del recurso, que tanto este hecho como el haber sido anotado el cargo en la contabilidad de la demandada implican conformidad con el cargo efectuado; pero si bien es cierto que según declaración de esta Sala en sentencia de 24 de noviembre de 1943 es de apreciar que el silencio tiene la significación jurídica de asentimiento o conformidad cuando el que calla tiene obligación de contestar o, cuando menos, sea natural o normal que se manifieste el disentimiento si no se quiere aprobar el hecho de que se tiene conocimiento, se ha de tener en cuenta que concurren en el caso debatido especiales circunstancias que impiden dar al silencio la significación de conformidad al estado de la cuenta notificado, pues de una parte el medio ambiental durante el dominio marxista no era propicio a la impugnación de actos realizados en favor de la Generalidad de Cataluña, ni en aquellos momentos en que se llevó a efecto la transferencia era posible ejercitar acciones de reposición en cuentas corrientes de cantidades indebidamente extraídas, por haber sido suspendido su ejercicio en virtud

del Decreto de 26 de mayo de 1938, y de otra parte es correcta la apreciación en este aspecto de la sentencia recurrida que no asigna al silencio la valoración jurídica de conformidad con la cuenta comunicada, en atención a que el uso comercial sólo atribuye tal conformidad al silencio cuando así se haya pactado en el contrato de cuenta bancaria, circunstancia que no concurre en el caso discutido, según afirma la sentencia recurrida, sin impugnación en el recurso, y por este mismo razonamiento sólo cabe conceder asentimiento meramente contable al hecho de que la demandante haya anotado en sus libros la transferencia que le fué notificada por la parte demandada, pues no es lógico suponer que el hecho del asiento en la contabilidad de la actora, por sí solo, signifique su conformidad con la expoliación que a su juicio implicaba la transferencia hecha sin orden suya a la Generalidad de Cataluña, y, en consecuencia, procede desestimar también los tres últimos motivos del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 27 NOVIEMBRE 1950

Requisitos de carácter fiscal: pago del Impuesto de Derechos Reales.

Es doctrina reiterada que la falta de presentación de documentos en la Oficina Liquidadora del Impuesto de Derechos Reales no enerva su validez en el orden de las relaciones civiles, ni puede autorizar otra cosa que la adopción de las medidas fiscales y correcciones administrativas que establece la Ley.

ANTECEDENTES.—Dictada esta sentencia en recurso promovido al amparo de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no contienen sus considerandos, como puede apreciarse, doctrina que permita generalizarse, por referirse a cuestiones muy concretas del pleito.

CONSIDERANDO: Que es doctrina reiterada de esta Sala que la falta de presentación de documentos en la Oficina Liquidadora del Impuesto de Derechos Reales, no enerva su rapidez en el orden de las relaciones civiles, ni puede autorizar otra cosa que la adopción de las medidas fiscales y correcciones administrativas que establece la Ley, y, consiguientemente, el Tribunal de instancia, que al dictar su fallo no tiene en cuenta el documento básico de la litis, por la sola circunstancia de no haber sido objeto de liquidación, no obstante estar reconocida su autenticidad por la parte a quien perjudica, incide en las infracciones invocadas en el motivo 3.º del recurso, cuya estimación procede.

CONSIDERANDO: Que asimismo es aceptable el motivo 4.º, porque, perfecto y consumado en su mayor parte el contrato de 11 de abril de 1946, con evidente antelación a la publicación de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, es claro que el derecho vigente en la materia era a la sazón el Decreto de 21 de enero del año 1936, y, por tanto, a tal legislación tenían que atenerse las partes al contratar, sin que, por ello, fuera posible el cum-

plimiento de unos requisitos previstos en las normas del actual ordenamiento, por lo mismo que aún no estaban promulgadas, y como quiera que la Sala sentenciadora funda su fallo recurrido en que la acción ejercitada no puede prosperar por incumplimiento de las formalidades estatuidas en los arts. 102 a 115 de la precitada Ley, basta esta equivocada interpretación, aparte lo ajustado, para estimar el recurso, sin necesidad de entrar en el examen de los demás motivos.

CONSIDERANDO: Que rectamente interpretado el alcance del contrato de transacción, en que capital y directamente se apoya la demanda, fácil es advertir que la intención de los contratantes al concertarlo no fué otra que la de reconocer a la arrendataria el derecho que la concedía el párrafo 3.º del art. 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936 a continuar en la posesión arrendaticia de los locales resultantes al reconstruir la finca.

CONSIDERANDO: Que, frente a esta tesis, no cabe argüir que al concertarse la transacción el arriendo quedó virtualmente extinguido, al establecerse en la cláusula 1.ª que la arrendataria se comprometía a dejar a la libre disposición de la arrendadora la casa que en tal concepto venía disfrutando, y que el derecho de preferencia, estipulado en la cláusula 6.ª, lógicamente por su indeterminación, había de considerarse como un derecho preferente de la señora C. a obtener un arrendamiento en iguales condiciones que otros posibles arrendatarios, y por ende, y al no existir éstos, por estar la única tienda construída ocupada por la demandada y su marido, no era dable sostener que se hubiera propuesto el derecho que ahora pretende hacer valer la demandada.

CONSIDERANDO: Que la inconsistencia de esta argumentación es patente, si se tiene en cuenta que la transacción se concertó para evitar las contingencias del desahucio, promovido por la propietaria contra la arrendataria, basado en el propósito de derribo de la casa por esta ocupado, comprometiéndose la señora C. a poner a la libre disposición de la arrendadora el inmueble arrendado, no de un modo definitivo y absoluto, sino al solo fin de que la reconstrucción proyectada se realizase con la mayor rapidez, a cambio de mantenerla en el disfrute de una de las tiendas que se ofrecía construir al reedificar sobre el solar que ocupaba la finca derruida.

CONSIDERANDO: Que como el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, es llano que la demanda no puede rehuir el cumplimiento de una obligación, válidamente contraída con autorización de su marido, y, en consecuencia, viene obligada a poner a disposición de la actora, en el local resultante de la reconstrucción, una tienda de dimensiones y situación equivalentes a la que ésta ocupaba, sin que pueda darse mayor extensión a tal derecho, confesando, como ésta, por ella misma, que el único local de negocio existente en el inmueble litigioso no está reedificado solamente sobre el solar de la casa que ella habitaba, sino en el de otra contigua que pertenecía a los sucesores del señor B.

CONSIDERANDO: Que, subsistente, por lo dicho, el contrato de arriendo a favor de la arrendataria, y acreditado en autos que el precio del mismo era de 55 pesetas mensuales, su elevación, a tenor de lo establecido en los ar-

títulos 8.º y 6.º del repetido Decreto, deberá consistir en el interés legal del capital invertido en la obra, correspondiente a la tienda, sin tener en cuenta el importe de las que sea preciso realizar para reintegrar a la demandante en la posesión arrendaticia que se declara procedente.

CONSIDERANDO: Que formuladas las peticiones de la demanda, más bien de modo alternativo que subsidiario, al acogerse en la forma suplicada todos los pedimentos de aquélla, deben imponerse a la demandada las costas de primera instancia.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 30 NOVIEMBRE 1950

Principios de Derecho—analogía.

Es principio de Derecho admitido por reiterada doctrina de esta Sala el de que "Ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet".

ANTECEDENTES.—La demanda, formulada ante la Comisión Provincial de Banca de Tarragona, se basaba en que los titulares de libretas de ahorro habían tenido que huir de Tarragona al iniciarse en España la revolución marxista, y refugiados en Barcelona fueron detenidos y asesinados, exponiéndose los saldos existentes en las cuentas de ahorro que las tres víctimas tenían, por 50.000 pesetas cada una, sin movimiento desde el 18 de julio de 1936 hasta que el Banco las saldó el 8 de octubre del mismo año, cuando ya los tres titulares habían sido asesinados, circunstancia que era imposible que fuera desconocida por el Banco. El reintegro de estas cuentas había sido ordenado por el Comité Antifascista de Valls, autorizado por la Comisaría de Banca de Tarragona.

El establecimiento de crédito demandado alegó que en las sacas se habían cumplido las condiciones libremente estipuladas por las partes, pues según la consignada en la cláusula 5.ª de las libretas de ahorro bastaba para retirar fondos la presentación de la libreta, salvo aviso del titular, y que no se comprobaron los miles de asesinatos cometidos hasta la liberación, habiendo sido removido el Consejo de Administración y sustituido por un Comité de Control.

La Comisión Central, previo informe de la Comisión Provincial, dictó sentencia estimando la demanda, mandando reponer los fondos y satisfacer los intereses en función de lo pactado para esto desde las extracciones de aquéllos.

Recurrida esta sentencia al amparo de lo que se dispone en el art. 21 de la Ley de 12 de diciembre de 1942, fué resuelto el recurso por los siguientes

CONSIDERANDO: Que para apreciar debidamente la virtualidad de los dos primeros motivos invocados procede partir de un fundamental extremo, cual es el de que—según se reconoce en el antecedente quinto del escrito del recurso—la orden de pago de las cantidades cuyo reintegro se discute fué dictada por el llamado Comité Antifascista de Valls, habiéndose comunicado al Banco recurrente dicha orden y realizándose en ejecución de la misma la entrega de aquellas cantidades; y si, como los indicados motivos primero y segundo sostienen, era al portador de las libretas a quien com-

petía expedir las órdenes de pago, resulta indudable que al dar cumplimiento a lo dispuesto por el citado organismo marxista no se ajustó el Banco a las normas establecidas en tales libretas, particulares los que acabar de apuntarse que destruyen la base de argumentación de los repetidos motivos e imponen la desestimación de los mismos, ello aparte de que aun admitiendo que en el caso objeto de controversia las circunstancias de hecho no se ajustasen estrictamente a lo establecido en los artículos 2.º y 4.º de la Ley de 12 de diciembre de 1942, siempre serían de aplicación estos preceptos en virtud del principio de derecho admitido por reiterada doctrina de esta Sala, según el cual "Ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet", y con mayor razón teniendo en cuenta que, como declara la sentencia recurrida, la entidad recurrente conocía el hecho del asesinato de los titulares de las libretas e igualmente la incautación de los bienes de los mismos por los elementos marxistas.

CONSIDERANDO: Que según la tesis sustentada en el motivo tercero, al ordenar el fallo que la valoración de las cantidades extraídas debe efectuarse a la par en moneda actual para su pago por el Banco, infringe la Comisión Central de Reclamaciones Bancarias el artículo 7.º de la Ley de 12 de diciembre de 1942, en relación con el 12 de la de 7 de diciembre de 1939, y vulnera el artículo 1.º de la Ley de 13 de octubre de 1938, también en relación con el 10 de la Orden de 26 de junio de 1943, sosteniendo dicho motivo que realizadas las entregas por el Banco en 8 de octubre de 1936 y valiendo en esa fecha el dinero circulante en la zona roja el 90 por 100 del dinero en moneda nacional, debió la sentencia ajustarse en el cómputo del importe de las sacas a los porcentajes establecidos por el artículo 12 de la Ley de 7 de diciembre de 1939; pero para desestimar el motivo ahora objeto de examen basta recordar que las cantidades cuyo pago se reclama obraban en poder del Banco recurrente el día 18 de julio de 1936, por lo que hallándose pendientes de pago al promulgarse la Ley de 7 de diciembre de 1939 y siendo el título de los acreedores anterior al 19 de julio del citado año de 1936, se impone la valoración de las mismas a la par, conforme a lo establecido por el artículo 17 en relación con el 8.º y 36, letra a), todos de la repetida Ley de 7 de diciembre de 1939.

CONSIDERANDO: Que con arreglo a lo establecido en la cláusula segunda de las libretas expedidas por el Banco de Valls las cantidades entregadas a éste y que ahora son objeto de reclamación devengan el interés anual del 3 por 100; y si las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley para los contratantes, no cabe dudar de que en el caso actual el reintegro de las cantidades a los recurridos lleva consigo el de los intereses pactados, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1.091 y 1.278, en relación con los 659 y 661, todos del Código civil, siguiéndose, en consecuencia, que el motivo cuarto del recurso no puede prevalecer.

FALLO.—No ha lugar.

2. Sentencias de la Sala Quinta

(Arrendamientos rústicos)

SENTENCIA 14 OCTUBRE 1950

Arrendamientos rústicos—interpretación del artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940.

El derecho de opción del aparcerero para convertirse en arrendatario ha de ejercitarse necesariamente, para que puede tener eficacia, antes de llegar el día en que termine la vigencia del contrato. Llegado éste, procede la acción de desahucio, a la que no puede oponer el aparcerero su ya decaído derecho, aunque haya manifestado con anterioridad su voluntad de permanencia.

ANTECEDENTES.—Doña C. J. Q. A. formuló el 13 de octubre de 1948, ante el Juzgado de Primera Instancia de G. de G. C., demanda de desahucio contra doña F. H. C. de unas fincas rústicas de su propiedad que ésta llevaba en aparcería desde hacía quince años y que, habiéndose pactado el contrato por un año solamente, había sido prorrogado después por lapsos de tiempo de la misma duración, alegando que procedía el desahucio por haber terminado el plazo contractual de la aparcería y por deslealtad de la aparcerera. Por ello hacía constar que en 24 de julio de 1948 notificó a la demandada en acto de conciliación (cuyo certificado acompañaba) que era voluntad de la dueña el que el contrato quedase terminado el 30 de septiembre de aquel año, manifestando además los actos fraudulentos de la aparcerera sacando pastos de la finca para su exclusivo provecho y vendiendo agua con apropiación íntegra del producto obtenido.

En la comparecencia formuló contestación la demandada alegando que en el referido acto de conciliación y en otro celebrado el 29 de octubre del mismo año (cuya certificación acompañaba), manifestó a la dueña su voluntad de convertirse en arrendataria y dar por terminada la aparcería, usando del derecho concedido en el artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940. Negaba haber cometido los actos fraudulentos a que se hacía alusión en la demanda, por lo cual solicitaba se le absolviese de los pedimentos de la misma, y, formulando reconvenición, solicitaba se le abonase por la dueña el importe de las mejoras útiles hechas en la finca, que se fijaría en ejecución de sentencia. También solicitaba se declarase por el Juzgado su derecho de continuar como arrendataria de las fincas en la proporción correspondiente a su participación en la aparcería.

Contestando a la reconvenición, la actora manifestó que era totalmente incierto que la demandada hubiese realizado en las fincas mejoras de clase alguna y que, además, no cabía tratar esta materia en un juicio de desahucio.

Practicadas las pruebas por el Juzgado de Primera Instancia, dictó sentencia de acuerdo con lo solicitado por la parte demandada en su contestación e imponiendo las costas a la actora.

Apelada esta sentencia por la demandante, fué revocada por otra de la Audiencia Territorial de Las Palmas en la cual se declaró haber lugar al desahucio por terminación del contrato de aparcería, sin que procediese por la otra causa pedida y no dando lugar a la pretensión formulada en la reconvenición; todo ello sin expresa condena en costas en ninguna instancia.

La demandada formalizó recurso de revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por el siguiente

MOTIVO.—Injusticia notoria por infracción del art. 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940.

CONSIDERANDO: Que las justificadas dudas que ofreció a la doctrina científica el artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940—puestas de relieve por el recurrente—se han ido despejando por la jurisprudencia, permitiendo sentar, en lo que a este recurso conviene, los siguientes postulados: a) La cesión de un predio para su uso y disfrute en aparcería no estaba sujeta a prórroga forzosa conforme a la Ley de 1935, debiendo mediar pacto expreso para entenderse prorrogada; a falta de este pacto, la aparcería terminaba en la fecha convenida, sin necesidad de preaviso. b) Sigue considerándose improrrogable esta modalidad de disfrute, pero por virtud del citado artículo 7.º, el dueño deberá expresar su voluntad de terminarla cuando llegue el día, y el aparcerero tendrá derecho a la transformación en arrendamiento de una parte del predio, proporcional a su participación en el disfrute parciario. c) Desde que el propietario haga su manifestación de voluntad hasta que llegue el término normal del contrato, la otra parte habrá no sólo de expresar la suya, sino ejercitar su derecho, poniendo en juego la acción correspondiente, si en ese lapso de tiempo no ha obtenido privadamente la debida satisfacción (sentencias de 20 de marzo de 1945, 25 de marzo de 1947 y 8 de junio de 1948). d) Transcurrido el plazo de vigencia convencional de la aparcería, si el propietario expresó oportunamente su voluntad de extinguirla, puede ejercitar la acción de desahucio, que no tiene la mera finalidad anunciada, sino la de recuperar el disfrute del predio, fin propio del desahucio, sin que pueda oponer el aparcerero por vía de excepción ni por acción convencional su derecho de opción a continuar como arrendatario. (Sentencias de 28 de mayo de 1945, 21 de enero y 8 de marzo de 1946, 11 de marzo de 1946 y otras.)

CONSIDERANDO: Que los respectivos derechos del dueño a recuperar la finca, extinguido el término convencional de la aparcería, y del cultivador a retener una parte en arrendamiento, no son fácilmente armonizables si se prescinde del factor tiempo, por lo que su actuación no se concibe simultánea, sino sucesivamente, como enseña la citada doctrina jurisprudencial; vigente el contrato, el dueño no puede dar por terminada la aparcería (sentencia de 8 de junio de 1948); sólo podrá manifestar su voluntad de terminarla a su tiempo; de esta manifestación nace el derecho de opción del cultivador, que se ejercitará necesariamente, para que tenga eficacia, antes de llegar el día, es decir, antes de que, por este hecho, termine la vigencia del contrato; a esa acción podrá el dueño oponer las excepciones procesales o de fondo que estime procedentes, pero no la contraria de desahucio, por terminación de contrato, aún no nacida; 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, a la que, recíprocamente, el aparcerero no podrá oponer su ya decaído derecho (sentencias de 11 de mayo de 1950, ni aun en el caso de que con anterioridad haya manifestado su voluntad de permanencia.

CONSIDERANDO: Que es corolario de la anterior doctrina la dependencia temporal de la acción de desahucio de la de opción, puesto que aquélla no nace mientras ésta no se haya extinguido, bien por caducidad bien por terminación del proceso en que se ventile, cuya sentencia, en este aspecto constitutiva, si acoge la pretensión, determinará nueva relación contrac-

tual de indudable trascendencia en el derecho de propietario en orden a la recuperación del disfrute del predio, por lo que si durante la sustanciación del proceso llega el término convencional de la aparcería y con este solo fundamento se promueve el desahucio, la pendencia de aquella litis, si no puede operar como excepción procesal, por no darse las identidades que producen la cosa juzgada, es eficaz como excepción de fondo en cuanto su existencia impide el nacimiento de acción de desahucio, lo que no ocurre en el presente caso, puesto que no ha precedido a ésta el ejercicio de la que correspondió al aparcerero y está caducada cuando ha pretendido hacerla valer en el presente proceso por la reconvencción que acertadamente se ha desestimado en la instancia.

CONSIDERANDO: Que fundada la sentencia recurrida en la precedente doctrina, no ha infringido el artículo 7.º de la Ley de 1940, y no acusando ninguna otra infracción el motivo único del recurso, se considera improcedente.

CONSIDERANDO: Que la importancia del problema jurídico debatido, en sus aspectos material y procesal, excluye la idea de temeridad, por lo que no debe hacerse expresa imposición de costas del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 14 OCTUBRE 1950

Arrendamientos rústicos—derecho de reintegración del arrendatario en la posesión arrendaticia.

Al establecer el artículo 5.º de la Ley de 28 de junio de 1940 que la acción para la reintegración del arrendatario en la posesión arrendaticia "deberá ser ejercitada en el plazo de seis meses contados desde el día en que el arrendatario haya tenido conocimiento de los hechos que la motivan", quiere significar que se trata de un mandato legal, una obligación de ineludible y preciso cumplimiento por el arrendatario en el tiempo fijado, durante el cual el derecho puede ser ejercitado útilmente, y transcurrido el cual la acción deja de existir de una manera automática, operándose una caducidad.

Arrendamientos rústicos—cuestiones nuevas en revisión.

La cita de preceptos legales que se consideran infringidos y que no se esgrimieron por las partes en el pleito, son cuestiones nuevas que no pueden promoverse en revisión.

ANTECEDENTES.—Don A. S. P. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de C., el 28 de mayo de 1947, demanda contra doña G. y doña C. V. V. G., en solicitud de que se le reintegrase en la posesión arrendaticia del cortijo "El Granadillo" y se condenase a las demandadas a abonar al actor la indemnización por daños y perjuicios que el Juzgado estimase justa. Alegaba haber sido arrendataria de dicho predio (y lo justificaba acompañando el contrato de arrendamiento) durante cinco años, que finalizaron en 30 de septiembre de 1946, en cuya fecha abandonó la finca a las propietarias por haberle notificado éstas con un año

de antelación su propósito de cultivarlas directamente. Incumpliendo esta promesa las propietarias habían arrendado nuevamente la finca a don M. D. G., y en prueba de ello acompañaba a la demanda una carta de la que resultaba lo anterior, habiendo mediado también un requerimiento notarial al Sr. D. G. para que manifestase en virtud de qué título labraba la finca (que dicho señor no contestó) y un acto de conciliación con las dueñas, en el cual el representante de las mismas manifestó no ser cierto el arrendamiento con el Sr. D., pues solamente le habían cedido las propietarias el aprovechamiento de pastos.

En la contestación las demandadas alegaron que labraban las fincas directamente y que solamente habían concertado con el Sr. D. G. un contrato de aprovechamiento de los pastos de la finca durante el tiempo comprendido entre el 1.º de noviembre al 30 de junio siguiente. Formulando reconvencción, pedían se condenase al actor a abonar a las demandadas la cantidad de 10.367,37 pesetas, por daños y perjuicios causados en la finca.

Al contestar el demandante a la reconvencción y pedir se le absolviese de la misma, reconoció una partida de gastos, correspondiente a las reparaciones hechas en el caserío, como de su cargo, si bien manifestaba que su importe estaba sobradamente compensado por los adeudos de la propiedad, en razón a los barbechos existentes en el momento de entrega de la finca y las cosechas pendientes de aceituna y bellota.

Practicadas las pruebas de confesión del actor, de reconocimiento judicial, documental, testifical y pericial, el Juzgado acordó ampliar ésta para mejor proveer, a fin de que se informase sobre el carácter predominante de la finca, resultando del informe ser éste el pecuario.

El Juzgado de Primera Instancia de C. dictó sentencia accediendo a la reposición arrendaticia del actor, desestimando la demanda en cuanto a daños y perjuicios y condenando al actor a abonar a las demandadas el importe de las reparaciones hechas en el caserío, todo ello sin expresa condena de costas. Esta sentencia fué apelada por las demandadas y confirmada íntegramente por la Audiencia Territorial de S. Contra este último fallo las demandadas interpusieron recurso de revisión ante el Tribunal Supremo.

MOTIVOS DEL RECURSO.—No se transcriben, por referirse a ellos los Considerandos que se copian a continuación:

CONSIDERANDO: Que el primer motivo que procede examinar en el presente recurso es el último, ya que se refiere a dos puntos esenciales de cuya decisión depende el examen de los restantes motivos: primero, si el plazo de seis meses que para el ejercicio de la acción de recobrar la posesión concede al arrendatario el párrafo segundo del artículo 5.º de la Ley de 28 de junio de 1940, plazo señalado en el párrafo último del mismo artículo, es plazo de caducidad o de prescripción; y segundo, si, caso de estimarse plazo de caducidad, tal plazo no caducó, porque antes de ejercitarse la acción mediante la presentación de la correspondiente demanda, tuvo lugar un previo requerimiento notarial del demandante al nuevo arrendatario y un acto de conciliación sin avenencia entre demandante y demandadas, cuyas fechas hay que tener presente para el cómputo de aquel plazo.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la primera cuestión, por responder la caducidad y la prescripción a igual presunción de abandono y tener el mismo efecto extintivo y la común finalidad de impedir que permanezcan indefinidamente inciertos los derechos—según sentencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1943—en mu-

chos casos y por esa misma afinidad, constituye un verdadero problema el determinar si se trata de una o de otra y establecer la diferenciación precisa entre ambos, a lo cual debe llegarse teniendo en cuenta principalmente las palabras empleadas por el legislador al señalar el plazo de ejercicio de la acción, para de ellas deducir su intención, siempre que no emplee expresamente en el precepto la frase "caducidad" que evita toda duda, y en el presente caso ordena la ley que la acción en cuestión "deberá ser ejercitada en el plazo de seis meses, contados desde el día en que el arrendatario haya tenido conocimiento de los actos que la motivan", frases que constituyen un mandato legal, una obligación de ineludible y preciso cumplimiento para el arrendatario en el tiempo fijado, durante el cual puede el derecho ser útilmente ejercitado, transcurrido el cual la acción de que se trata dejó de existir, de una manera directa y automática, debiéndose por ello estimar plazo de caducidad.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la segunda cuestión, el plazo de seis meses no puede ni debe contarse en el presente caso, como pretende el recurrente, desde la fecha de la carta de 8 de noviembre de 1946, presentada con la demanda, en la que don M. D. V., que la suscribe, marido de la demandada doña C. V., informa a su amigo don D. S. simplemente de la noticia del nuevo arrendamiento de la finca a don M. D., porque en tal carta ni una intervención tiene el demandante, ni a él va dirigida, ni se le alude, ni consta la fecha en que a su poder llegó, ni se precisa detalles o particular alguno relacionado con las condiciones del nuevo arrendamiento, sirviéndole únicamente de aviso o advertencia, que necesita comprobar, a cuyo fin requiere notarialmente al nombrado arrendatario don M. D., en 24 de diciembre de 1946, para que manifieste en virtud de qué título labraba la finca, y, caso de que fuera arrendatario, exhibiese el contrato, a cuyo requerimiento, personalmente hecho al requerido, éste no contestó, por lo que desde esta fecha, y no desde la de la carta, procede computar aquel plazo de seis meses, porque desde ella es cuando se acredita debidamente que el demandante, tuvo conocimiento seguro y exacto del hecho del nuevo arrendamiento, motivo y base de su acción, y como desde la indicada fecha 24 de diciembre de 1946 a la de 31 de mayo de 1947, de la primera providencia teniéndose por presentada la demanda, que carece de diligencia de presentación, no habían transcurrido aquellos seis meses, es manifiesto que la acción fué ejercitada en tiempo, sin dar lugar a su caducidad y sin necesidad de acudir ya, para tal fin, al acto de conciliación sin avenencia celebrado el 9 de abril de 1947, dentro de cuyos dos meses siguientes se presentó la demanda, por lo que el fallo recurrido al desestimar la excepción de caducidad de la acción alegada por la parte demandada, no infringió el artículo 5.º de la Ley de 28 de junio de 1940, que se alega en el quinto motivo del recurso, que, por ello, debe ser desestimado.

CONSIDERANDO: Que en el motivo primero se alega la infracción de los artículos 4.º y 6.º de la Ley de 23 de julio de 1942, en relación con el 5.º de la Ley de 28 de junio de 1940, sin precisar el párrafo infringido de los seis que contienen, y porque, a juicio del recurrente, "la interpretación de los mismos excluye la posibilidad de reconocer tal derecho—el

de reposición del arrendatario en la finca—a aquellos arrendamientos que no tengan el carácter de especialmente protegidos, esto es, en los que siendo la renta pactada inferior a 40 quintales de trigo, lleva el arrendatario la explotación directa y personal”, pero aparte de que en defensa de tal excepción no se invoca, como era preciso por tratarse de supresión de un derecho, precepto legal alguno, que así lo declare, tal interpretación está en manifiesta oposición con el artículo 4.º de la Ley de 1942, párrafos cuarto y quinto y artículo 9.º, párrafo cuarto, que reconocen expresamente todo arrendatario, cualquiera que sea la cuantía de la renta, el derecho a recobrar la posesión arrendaticia de la finca, en el caso del presente litigio, variando únicamente la indemnización de daños y perjuicios, pues mientras que en el caso de no exceder la renta anual de 40 quintales métricos, con la explotación directa y personal del arrendatario, los daños y perjuicios consisten en una sanción pecuniaria comprendida entre el importe de una a cuatro rentas, en los demás arrendamientos la indemnización de daños y perjuicios no está su cuantía tasada, quedando sometida a la legislación común.

CONSIDERANDO: Que no existe la infracción de la disposición adicional primera de la Ley de 23 de julio de 1942, que se alega en el segundo motivo, porque si bien en su párrafo primero se ordena que “los arrendamientos en los que al publicarse esta ley esté vigente el plazo señalado en el contrato—como el que es base del presente juicio—terminarán al cumplirse dicho plazo”, el hecho de que el arrendatario haya permanecido en la finca después de terminado éste, “con posterioridad al 14 de octubre de 1946” cuando el contrato terminaba el 30 de septiembre del mismo año—quinze días antes—, ello no puede tener el extraordinario y excepcional efecto que le da el recurrente, de que tal continuación en la finca prive al arrendatario de su capital derecho a recabar la posesión arrendaticia de la misma, en el caso del párrafo segundo del artículo 5.º de la Ley de 1940, primero, porque la Ley no declara tan grave sanción; segundo, porque en el requerimiento notarial de 14 de octubre de 1946 se conceden al arrendatario ocho días más para la entrega de la finca; y tercero, porque si un arrendatario continúa en la finca después de expirado el arrendamiento, cuando “el arrendador puede ya disponer de ella”—según la disposición adicional mencionada—, no es sólo culpa del arrendatario, sino también del arrendador, que no ejercitó para evitarlo la acción procedente.

CONSIDERANDO: Que el artículo 1.124 del Código civil, que se afirma infringido en el tercer motivo, referente a la resolución de las obligaciones recíprocas, no se alegó en el pleito, y como la cita de preceptos legales que se suponen infringidos y que no se esgrimieron por las partes en el pleito, son cuestiones nuevas, que no pueden precaverse en revisión, porque el juzgador de instancia, obrando congruentemente, no pudo resolver sobre ellas, no cabe estimar tal motivo tercero, como tampoco el cuarto, en el que se cita como infringido el párrafo tercero del artículo 4.º de la Ley de 15 de marzo de 1945, según el cual “no se estimarán arrendamientos la cesión a título oneroso de los aprovechamientos de productos espontánea de la finca, cuando ésta sea susceptible de varios aprovecha-

mientos", pero si las dos sentencias de instancia reconocen y declaran la condición de ganadera de la finca y que por ello la cesión de sus pastos constituye, no un aprovechamiento espontáneo y secundario, sino "un aprovechamiento principal de la misma" y un incumplimiento del compromiso de cultivo directo por las demandadas, todo lo que no sea combatir estas dos esenciales afirmaciones, demostrando la injusticia notoria con ellos cometidas por la sentencia recurrida, no conduce a otra finalidad que la de pretender sustituir tal criterio del juzgador por el personal del recurrente.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 16 OCTUBRE 1950

Arrendamientos rústicos—consignación para costas en desahucio por falta de pago.

La consignación a que se refiere el art. 29 de la Ley de 15 de marzo de 1935 para enervar la acción de desahucio por falta de pago ha de ser calificada en su suficiencia por el Juez; pero en cuanto a las costas, que de acuerdo con lo que determina el Decreto-Ley de 27 de junio de 1946 ha de consistir en el 20 por 100 de las rentas reclamadas en la demanda, hay que atenderse exclusivamente para determinar su cuantía a la cantidad fijada en la demanda por rentas impagadas, reputándose insuficiente aquella consignación por costas que no alcance la cuantía que conforme a la demanda resulte.

ANTECEDENTES.—El 18 de octubre de 1948, y ante el Juzgado de Primera instancia de D. B., presentó don A. S.-M. y C. demanda de desahucio contra don M. G. y F., arrendatario de una finca rústica denominada "Palomarejo" y varias parcelas de tierra labrantía contiguas a ella, sitas en términos de G. y V., en virtud de contrato de arrendamiento suscrito el 29 de septiembre de 1945 entre el demandado y el actor, este último obrando por sí y como mandatario de sus hermanas, doña M. y doña P. Alegaba que el precio del arrendamiento había sido fijado por las partes en 166 quintales métricos de trigo y 66 centésimas de quintal, cuyo equivalente en dinero sería pagado por el arrendatario en 30 de septiembre de cada año con arreglo a la tasa fijada por el Gobierno, si bien el arrendatario debería abonar el 20 de mayo la cantidad de 7.000 pesetas en concepto de adelanto y con cargo al total de la renta. Al ser fijado por Decreto de 14 de mayo de 1948 el precio del trigo a razón de 117 pesetas el quintal métrico, el arrendatario se negaba a pagar la cantidad de 14.499 pesetas con 22 céntimos que, sumadas a las 7.000 que había adelantado en el mes de mayo, daban el total de la renta con arreglo a la tasa legal del trigo.

El demandado consignó en el Juzgado la cantidad de 10.000 pesetas a los efectos del art. 29 de la Ley de 15 de marzo de 1935, haciendo constar que 9.730 se consignaban como importe del segundo plazo de la renta en descubierto y las 250 pesetas restantes para intereses y costas, con el ofrecimiento de consignar la mayor cantidad que por estos conceptos pudiera resultar.

En la comparecencia verbal el demandado solicitó no se diese lugar al desahucio pretendido alegando que como hasta el 31 de mayo de 1948 el

precio básico del trigo fué el de 84 pesetas el quintal métrico, a esta tasa había de atenerse en cuanto al primer plazo de la renta, y solamente el segundo plazo había de computarse a razón de 117 pesetas el quintal.

Practicadas las pruebas, el Juzgado de Primera Instancia de D. B. dictó sentencia estimando la demanda y declarando haber lugar al desahucio solicitado. Apelada esta sentencia por el demandado, fué confirmado íntegramente por la Audiencia Territorial de Cáceres, interponiéndose contra este fallo por el demandado recurso de revisión ante el Tribunal Supremo.

MOTIVOS DEL RECURSO.—No los transcribimos por constar en los considerandos que se copian a continuación.

CONSIDERANDO: Que la falta de pago de la renta con la oportunidad prevista en el contrato motiva el desahucio, salvo el beneficio otorgado en el artículo 29 de la Ley de 1935, al arrendatario, de poderlo evitar mediante la consignación, dentro del término legal, de la renta en descubierto, intereses de demora y el importe de las costas, que el Decreto-Ley de 27 de junio de 1946 presupone, a este solo efecto, en el 20 por 100 de las rentas reclamadas en la demanda, sólo cuando se verifique esa consignación en cuantía suficiente se suspenderá el juicio y se procederá a la tasación de las costas; a *sensu contrario*, no se suspenderá el juicio y se tendrá por ineficaz para enervar la acción de desahucio la consignación insuficiente.

CONSIDERANDO: Que efectuada una consignación, el Juez se ve en la necesidad de apreciar si por la calidad o la cantidad de lo consignado es bastante o no, para suspender el juicio o proseguirlo, esa calificación de suficiencia, lo hará con los elementos que le proporcione el proceso iniciado en cuanto a la cuantía de la renta en descubierto; la otra parte de la consignación referente a costas tiene un tipo determinado, el 20 por 100 de la renta fijada en la demanda, de suerte que aun aminorada por el demandado su consignación y estimada por el Juez suficiente, cuando aquellos elementos del juicio le hacen conocer que, en efecto, lo consignado es lo que se debe pagar y no lo reclamado, para la consignación de las costas hay que atenerse a la demanda, debiéndose reputar insuficiente la consignación si no alcanza esa cuantía.

CONSIDERANDO: Que en el presente caso se solicita el desahucio por impago de unos 12.499 pesetas que representa el valor de la cantidad de trigo estipulada como renta, con deducción de un pago de 7.000 que el arrendatario anticipó en el tiempo que convinieron en el contrato, el demandado consignó la cantidad de 10.000 pesetas, de las cuales, dice, 9.750 corresponden al importe de la renta debida y el resto, de 250, para intereses y costas, y como para éstas debió de consignar el 20 por 100 dicho, lo mismo si se tiene en cuenta la reclamación de la demanda que el importe numerario que el demandado estima en descubierto, la consignación, aun sin tener en consideración los intereses, no fijados, de demora, es manifiestamente insuficiente y no pudo producir el efecto de evitar el desahucio.

CONSIDERANDO: Que, además, con la demanda se presentó el contrato de arrendamiento, en el que con toda claridad se consigna la cuantía de la renta en especie; su conversión a metálico viene determinada por un precepto administrativo eficaz; el Juez tuvo necesidad de apreciar desde luego la convención sin hacer declaración sobre ella, sino sencillamente según

su tenor literal indiscutible, y como la oposición del demandado no versó, ni podía versar, más que sobre el hecho de haber consignado en cantidad bastante para enervar la acción, la sentencia no hizo pronunciamiento alguno de tipo declarativo, sino que se limitó a acordar el desahucio por el impago de la renta y la ineficacia de la consignación, para lo que, naturalmente, sólo le podía proporcionar fundamento el contrato presentado con la demanda y reconocido por el demandado; éste fué quien pretendió, al contestar, someter al juzgado un problema de interpretación de una estipulación contractual que fué rechazada, de donde se sigue que la sentencia no contiene el vicio que le atribuye el motivo primero de revisión en su primer fundamento, que ampara en el número segundo, disposición transitoria tercera, apartado A), número 7, de la Ley de 1940, pues aun en el supuesto de sí, como no lo es, fuera cierto lo alegado, ello no constituiría quebrantamiento de forma, del que no reclamó la parte en la instancia.

CONSIDERANDO: Que en el mismo motivo, contrariando los requisitos formales de esta clase de recursos, se incluye una infracción del artículo 29 de la Ley de 1935, en cuanto no se desestimó el desahucio mediante la consignación referida, mas si se tiene en cuenta lo dicho anteriormente sobre la insuficiencia y consiguiente ineficacia de ésta, se deducirá que no existe la infracción acusada en este motivo ni la de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil que se alega en el segundo motivo, puesto que no ha habido necesidad de interpretar el contrato, sino de apreciar conforme a su clara expresión la cuantía de la renta.

CONSIDERANDO: Que en un tercer motivo se agrupan la infracción del artículo 3.º de la Ley de 1942 y las diferentes disposiciones administrativas que fijaron el precio oficial del trigo bajo el supuesto de que para establecer la renta a pagar se ha tomado el tipo de cotización que regía el 30 de septiembre y no el que estaba en vigor en el mes de mayo—fijado por esas disposiciones que se reputan infringidas—, y para ello se sienta, en contradicción con lo pactado, que parte de la renta en trigo debía pagarse en mayo y a ella debió aplicarse la cotización entonces vigente, mas como por la estipulación contractual se aprecia con la claridad que estiman las sentencias de instancia que no hubo dos plazos de pago de renta liquidables en sus respectivas fechas, sino un sólo plazo a cuyo término se liquidaría el importe de la renta, según el tipo vigente de cotización, si bien en otra fecha anterior el arrendatario abonaría cierta cantidad de dinero a cuenta de la liquidación posterior, al final de cada año, no pueden estimarse las infracciones, que se fundan en hechos que arbitrariamente opone a la realidad la parte recurrente.

CONSIDERANDO: Que en los motivos cuarto y quinto se acusan errores en la apreciación de la prueba, sin ninguna confirmación documental ni pericial; además, en el motivo cuarto se renueva un problema de interpretación de contrato que el mismo recurrente estima inadmisibles en el juicio de desahucio, como es el de si la estipulación sobre costas para el caso de que el arrendatario incumpla el contrato por causa que le sea imputable puede motivar la imposición de las de primera instancia, entendiéndolo el recurrente que hay error en estimar que el incumplimiento en el caso presente no le es imputable puesto que obedece a la distinta interpretación

que los contratantes hacen de sus obligaciones, pero si el mismo recurrente repugna la interpretación en estos autos, debería reconocer que existiendo la cláusula sobre costas, el Juez debía darle vigor por el solo hecho de haber apreciado antes la realidad del incumplimiento, y éste sólo al obligado podía ser imputable, por su comodidad de acogerse a una interpretación personal tan innecesaria como infundada.

CONSIDERANDO: Que no habiendo comparecido la parte contraria en este recurso, no hay necesidad de hacer pronunciamiento sobre costas.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 26 OCTUBRE 1950

Arrendamientos rústicos—interpretación del apartado c) del art. 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935.

Para que tenga lugar la excepción consagrada en dicho apartado es preciso que resulten probados dos hechos que determinen una comparación de valores: 1.º El de las heredades que estén singularizadas y revalorizadas precisamente para el caso de venta por las circunstancias de proximidad a que dicho precepto alude; y 2.º El precio que en el mercado inmobiliario tengan los fundos en que aquellas circunstancias de proximidad no concurren. Ha de regir como condición para el contraste la de que todas las fincas compradas sean de la misma calidad y se destinen al mismo cultivo.

ANTECEDENTES.—El 16 de septiembre de 1946, y ante el Juzgado de Primera Instancia de P. de L., don R. G. C. demandó a don R. E. F. ejercitando el derecho de retracto de la Ley de Arrendamientos Rústicos sobre una finca de prado llamada "La Arbulame", de la cual era el actor arrendatario, y que había sido vendida al demandado por los anteriores dueños en la cantidad de 14.500 pesetas, si bien en la correspondiente escritura pública y con el fin de desvirtuar el derecho de retracto del arrendatario se había hecho constar un precio de 62.000 pesetas, como global por esta finca y otra que los mismos vendedores habían enajenado al demandado.

La parte demandada contestó manifestando que la finca que se pretendía retraer no había sido vendida por el precio que el actor señalaba, ya que no se había fijado un precio específico para ella, sino un precio global para las dos fincas vendidas, y que la que pretendía ser retraída no se hallaba comprendida en la esfera de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, sino exceptuada de su ámbito de aplicación conforme al apartado c) del art. 2.º de la citada Ley, ya que se hallaba próxima al pueblo de C. y su carretera y como consecuencia de ello tiene un valor en venta superior al duplo del precio que normalmente corresponde en el mercado inmobiliario a las de su misma calidad y cultivo.

Practicadas las pruebas, el Juzgado de Primera Instancia de P. de L. dictó sentencia desestimando la demanda, absolviendo de ella al demandado y sin hacer expresa condena en costas. Apelada esta sentencia por el demandante, fué revocada por otra de la Audiencia Territorial de Oviedo, en la que se declaró haber lugar al retracto ejercitado, sin hacer condena en costas en ninguna de las instancias. Contra esta sentencia interpuso el demandado recurso de revisión ante el Tribunal Supremo por los siguientes

MOTIVOS.—Infracción de las excepciones *a*) y *c*) del art. 2.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 e injusticia notoria por error manifiesto en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDO: Que el recurso, en su “fundamento de derecho” primero, no cita ni ley ni doctrina que haya sido infringida, da como cierto lo que nadie puso en duda, esto es, que el régimen de aquel recurso es el que traza la norma séptima de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940.

CONSIDERANDO: Que incumpliendo el recurrente lo mandado en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento civil, bajo un solo número —el 2.º—, y con el epígrafe “Fundamentos de derecho”, trata conjuntamente las causas tercera y cuarta de revisión, pretendiendo darles unidad procesal con el pretexto de que la Sala de instancia padeció el error de entender que la prueba no demostraba que en la finca objeto del pleito concurren los requisitos que con arreglo a lo dispuesto en las excepciones *a*) y *c*) del artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 exceptúanla del calificado jurídico de finca rústica.

CONSIDERANDO: Que ningún documento ni perito afirman que el prado Ardulame *esté* (tiempo presente dice dicho texto legal) enclavado total o parcialmente *dentro* de un núcleo urbano o en zona o plano de ensanche del pueblo de C.; más aún, la comunicación de la Alcaldía de L. afirma que su Ayuntamiento no tiene plano de población ni zona de ensanche; que lo tiene de alcantarillado y abastecimiento de aguas para el pueblo de C., pero que en él no figura la prolongación como posible zona edificable a continuación de la iglesia parroquial, en la carretera, y, *opina* que puede considerarse zona de ensanche el terreno lindante con la carretera en unos doscientos metros. Tal *opinión* no destruye el *hecho* de que actualmente Ardulame no se halla enclavado en núcleo urbano o plano de ensanche. Y cuando pericialmente se informa, dicese (folio 35)—sin que nada en contrario sostenga el dictamen del otro perito que informó al folio 12—que Ardulame está situado a unos 200 metros del núcleo urbano de C. y a una distancia aproximada de 180 metros de las instalaciones de lavaderos, oficinas y economatos de la mina Chéposo. Ciertamente que en la información oficial y pericial del que se hace mérito no es posible achacar error a la Sala sentenciadora cuando declara cierto que el prado en cuestión no puede incluirse *actualmente* entre aquellas heredades a que se refiere el apartado *a*) del artículo 2.º que se comenta.

CONSIDERANDO: Que el apartado *c*) de la antecitada norma presupone como condición sustancial y decisiva un contraste, una comparación de valores; uno, el de aquellas heredades singularizadas y revalorizadas precisamente para el caso de venta, por las circunstancias de proximidad a que alude, y otro, el precio que en el mercado inmobiliario tengan los fundos en que aquellas circunstancias de proximidad no concurren, mas rigiendo como condición del contraste entre aquéllas y éstas la de que todas las compradas sean de la misma calidad y se dediquen al mismo cultivo; modo de expresión revelador de que es necesario conocer concreta y actualmente las cosas que han de compararse. Tal es la recta inteligencia de la norma; ella, por tanto, necesariamente presupone *hechos* probados, que

permitan al Juez contrastar para decidir. En el caso de este pleito merece singular mención respecto al valor que en venta se atribuye pericialmente al primer término de la comparación, *prado Ardulame*, de extensión *cuarenta y cinco áreas con sesenta y cinco centiáreas*. Disconformes los dos peritos, que en actos distintos informaron, señale uno cuarenta mil pesetas y otro veintinueve mil ciento ochenta y cuatro; contrastando con estas cifras, es de notar que al otro prado, *Valde-Herías*, también próximo a C. y de cabida *dos hectáreas con ochenta y ocho áreas*, con casa de ganado, monte y pequeño manantial de agua, le asignan el primero de dichos peritos valor en venta veintidós mil pesetas, y el segundo, treinta y dos mil ochocientos dieciséis; terciando en este punto, surgen en el pleito las destacadas notas recogidas en el tercero de los considerandos de la sentencia, que bastaron para que la Sala haya tenido como cierto y probado que el precio en que vendedores y comprador convinieron la compra de *Ardulame* ha sido el de catorce mil quinientas pesetas, afirmación de hecho que en los motivos del recurso no se intentó combatir ni en tesis ni por medios procesales adecuados. Respecto al segundo de los términos de la antedicha y obligatoria comparación, cuál sea el valor en el mercado de fincas de igual calidad y cultivo pero sin situación privilegiada, nada consta ni documental ni por informe de peritos, porque de los que asesoraron en el pleito, uno limitase a manifestar que como él entiende que *Ardulame* es solar edificable (de la cuestión hace supuesto), su valor en venta es superior en un duplo al precio que normalmente corresponde en el mercado inmobiliario a las de su misma calidad y cultivo, sin cita concreta de alguna; y el otro, sin juzgar por conocimiento personal y objetivo concretado a fincas determinadas del mismo cultivo y de igual calidad, sino refiriéndose a tablas de valoración y datos estadísticos, que no se presentaron en el pleito, ni, por tanto, son en él conocidos por la autoridad judicial, a quien sólo incumbe darles la estimación adecuada, llega a igual conclusión de supervaloración. Mas ha de notarse que cuando este perito razona, salvando su posible error hace constar que "considera imposible establecer la valoración de una finca sin saberla situada en determinado lugar", y sólo añade—obligado a contestar al supuesto que se le ha planteado—cree posible exponer una solución, pero cuida de precisar que sólo es *hipotética*. De hipótesis, pues, se trata. Tampoco cabe olvidar que este mismo perito, cuando fija valor a *Ardulame*, lo hizo distinguiendo entre el actual y el *potencial*, para caso de que el lugar en que sitúa se transforme en zona de edificación. Continúa, pues, incógnito el valor real en el mercado de las fincas de igual calidad y cultivo, porque puede en el comercio ser muy diferente—sobre todo en momento histórico determinado—del que pregonan tablas y estadísticas, de las que ni aún se sabe, porque no se ha dicho, a qué fecha y situaciones concretas se refieren aquéllas, a las que el perito alude abstractamente. Por todo ello, estima esta Sala que la de instancia con acierto razonó que no existe fundamento probado suficiente para estimar justificado el segundo término de la comparación dispuesta en el apartado c) del artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, falta que conduce a decidir improbadamente que *Ardulame* tuviera en la fecha de la demanda y

en venta valor superior en un duplo al que dicho precepto exige para exceptuarla del concepto "finca rústica".

CONSIDERANDO: Que el artículo 1.º del Reglamento de 27 de abril de 1935 conserva su valor de interpretación auténtica del artículo 2.º de la Ley de marzo anterior a la que se refiere. Según aquél: 1.º Ardulame no se halla en núcleo urbano, conforme a la definición que de él se da, 2.º Ardulame hállase destinado a fines agrícolas y no a los especiales que el precepto expone, 3.º La proximidad a núcleo urbano es un hecho de *discrecional* estimación de Juzgados y Tribunales, 4.º Las condiciones de excepción han de referirse al *momento* en que se intenten hacerlas valer, y no al que *potencialmente* pueda adquirir por circunstancias que se ignoran si y cuando ocurrirán.

CONSIDERANDO: Que no existe fundamentó para hacer especial condena de costas de este recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 11 NOVIEMBRE 1950

Responsabilidad patrimonial—excepción al principio establecido por el artículo 1.911 del Código civil.

El principio general de responsabilidad patrimonial establecido en el artículo 1.911 del Código civil está sujeto a excepciones, entre las que se encuentra la prohibición temporal de enajenar el fundo retraído, establecida en el art. 17 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935. Por ello, no es lícito legalmente al propietario del predio retraído venderlo o arrendarlo, ni tampoco puede el acreedor obtener su venta en proceso de ejecución, bajo la sanción de nulidad del art. 4.º del Código civil.

ANTECEDENTES.—Los adquirentes de unas fincas rústicas que habían sido retraídas por los arrendatarios, demandaron a éstos por haber incumplido la obligación de prohibición temporal de enajenar que establece el artículo 17 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, y al adjudicatario de los bienes en la subasta judicial llevada a cabo para hacer efectivo un crédito contra los arrendatarios, subasta en la que resultaron adjudicadas las fincas al mismo acreedor. Solicitaban los actores se declarase válida su escritura pública de adquisición de las fincas y, por el contrario, se declarasen nulas las transmisiones efectuadas a favor de los demandados y actuaciones judiciales que para ello fueron precisas.

Los demandados, en la contestación, alegaron la falta de acción por parte de los actores, solicitando la desestimación de la demanda.

Practicadas las pruebas, el Juzgado de Primera Instancia de M., ante el que se ejerció la acción, dictó sentencia accediendo a los pedimentos de la demanda, sin hacer expresa condena en costas. Esta sentencia fué confirmada íntegramente por otra de la Audiencia Territorial de La Coruña. Uno solo de los demandados, el que había sido adjudicatario de los bienes, interpuso, contra el fallo de la Audiencia Territorial, recurso de revisión ante el Tribunal Supremo.

(No hacemos más extensos estos antecedentes por referirse también a ellos los Considerandos.)

MOTIVOS DEL RECURSO.—No los transcribimos por constar también en los Considerandos que se copian a continuación:

CONSIDERANDO: Que en el primer motivo del recurso se invoca la causa 1.^a de la norma 7.^a de la disposición transitoria 3.^a de la Ley de 28 de junio de 1940, o sea la de incompetencia de jurisdicción que comprende, tanto a la que por razón de la materia litigiosa se refiere el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, como a la Territorial, que determina el también número 4 del artículo 1.693 de la misma Ley, y, no obstante ello, el motivo se funda exclusivamente en estimar equivocado el procedimiento seguido al dar a la demanda la tramitación que establece la norma 3.^a de la citada disposición transitoria y no la señalada para el juicio declarativo correspondiente, que al parecer del que recurre era la que procedía, si se tiene en cuenta la clase de pedimentos que la demanda contiene, sin que, por otra parte, se haga por el recurrente designación del juez y Tribunal que considera competentes para entender del asunto, todo lo que pugna con la viabilidad de la causa alegada, para la que, por el contrario, se entiende que la cuestión que con respecto al procedimiento empleado se plantea guarda relación con la causa de incompetencia en que se basa el motivo, esto no podía prevalecer, toda vez que ejercitándose en la demanda la acción que se deriva del artículo 1.º de la Ley de Arrendamientos rústicos de 1935—precepto que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley de 28 de junio de 1945, se hallaba en vigor al producirse los hechos origen de este litigio—, por supuesto incumplimiento de la obligación que el artículo impone a los retrayentes de no vender al arrendatario retraído durante seis años, pidiéndose, al efecto, la nulidad de los convenios y actuaciones que como consecuencia de tal vulneración, y no la de otros—pues así hay que entender el suplico de la demanda—, es indudable que determinadas en la indicada disposición transitoria 3.^a de la Ley de 1940 las normas referentes a los trámites por los que han de sustanciarse todas las cuestiones que surjan sobre la ejecución de la misma, y dada la índole de la acción que en el caso actual se ejercita y la amplitud de los casos para los que está regulado el procedimiento fijado en la norma 3.^a de la mencionada disposición transitoria, es evidente que la tramitación que esta norma señala es la que procedía seguir para ventilar la cuestión de autos por estar amparada la cesión en precepto de la Ley especial de arrendamientos y ser las nulidades solicitadas derivación natural del incumplimiento de la prohibición de enajenar que el precepto contiene, y, por tanto, al enjuiciar los mismos no había de acudir a procedimiento distinto al que aquella Ley especial establece, como estimaron acertadamente los juzgadores de instancia.

CONSIDERANDO: Que en el segundo y último motivo del recurso, y al amparo de la causa 3.^a de la norma 7.^a de la disposición transitoria antes citada, de la Ley de 1940, se impugna el fallo recurrido en cuanto el mismo se funda en el artículo 17 de la Ley de Arrendamientos de 1935, dejando de aplicar el artículo 1.911 del Código civil, que, a juicio del que recurre, era el procedente, con lo que esta causa—según afirma—es perjuicio productor de injusticia notoria; y examinadas las alegaciones en que se apoya el recurso se desprende el que si bien es cierto que conforme

al principio general que establece el indicado precepto del Código sustantivo, el patrimonio del deudor responde de todas sus obligaciones, y, por ello, el derecho del acreedor para hacer efectivo su crédito se extiende, tanto a los bienes de que está en posesión aquél al contraer la obligación, como a los que posteriormente haya podido adquirir, no es lo menos que el expresado principio general está sujeto a excepciones, entre ellas las que provienen de la limitación impuesta por la ley a la facultad de disposición del propietario de fincas, debiendo considerar como tal la prohibición temporal de enajenar el fundo retraído que establece el artículo 17 de la Ley de 1935, prohibición que va encaminada a evitar el que se frustre el propósito que ha llevado al legislador a establecer el retracto arrendaticio, cual es—como ha declarado con reiteración esta Sala—la de convertir en propietario al arrendatario de la finca, y en tal sentido, mientras perdure dicha restricción, no es lícito legalmente al propietario del predio sujeto a la misma venderlo o arrendarlo, ni tampoco al acreedor obtener su venta en el proceso de ejecución, bajo sanción de nulidad, de acuerdo con lo que dispone el artículo 4.º del Código civil; y aplicando esta doctrina al caso debatido, resulta patente que en él se dan los supuestos previstos en el indicado artículo 17 de la Ley arrendaticia de 1935, ya que acogándose los demandados don J. H. R. y doña M. S. C. al derecho de retracto que establece el artículo 14 de la expresada ley a favor de los arrendatarios, y previo el ejercicio de la correspondiente acción contra los actores, adquirieron las fincas que componen el lugar conocido por Darburiña que aparecen descritas en el hecho primero de la demanda, otorgándose en cumplimiento del fallo condenatorio escritura pública de subrogación el 1.º de junio de 1944, y habiendo sido embargados dichos bienes en período de ejecución de la sentencia recaída en procedimiento seguido por el también demandado don D. N. M. contra los otros demandados en reclamación de la cantidad de 58.700 pesetas, importe de un préstamo, fueron vendidos en pública subasta, que tuvo lugar el 4 de octubre de 1944, siendo adjudicada al indicado acreedor, otorgándose la correspondiente escritura de venta en 11 de noviembre del mismo año, de lo que se deriva que en virtud de esta tramitación los bienes que habían sido objeto del retracto pasaron de la propiedad de los retrayentes a la de un tercero antes de que hubiese transcurrido el plazo de los seis años marcado en aquel precepto y, por tanto, con infracción de la traba impuesta en el mismo, sin que pueda obstar—a lo expresado, como pretende el recurrente—la circunstancia de que las mencionadas fincas hubieran sido vendidas en trámite de ejecución de sentencia, por medio de una subasta judicial, pues, y corroborando la argumentación que con respecto a dicho extremo contienen las sentencias de instancia, la intervención del Juez en período de ejecución no podía alterar el poder dispositivo de los deudores en relación con los bienes objeto del remate, ni, por consiguiente, liberar a estos bienes de la traba que en pro del interés social establece de un modo imperativo el indicado artículo 17 de la Ley arrendaticia de 1935, limitación que, por otra parte, aunque silenciada por los deudores cuando tuvo lugar la diligencia de embargo, no podía ignorar el recurrente, dado el contenido del documento privado de préstamo de fecha 7 de octubre de 1941, como razona acertadamente el Juez

de instancia en su sentencia, de todo lo que se infiere el que no se han producido las infracciones de que se acusa en este motivo, por lo que se impone también su desestimación y, en consecuencia, la del recurso.

CONSIDERANDO: Que la conformidad de las resoluciones de instancia, unido a los convincentes razonamientos en que aparecen fundadas, hace estimar temeraria la conducta del recurrente al interpretar y sostener el recurso a los efectos de la imposición de las costas causadas en el mismo.

FALLO.—No ha lugar, con imposición al recurrente de las costas del recurso de revisión.

SENTENCIA 18 NOVIEMBRE 1950

Habilitación judicial de mujer casada para comparecer en juicio—sus límites.

La habilitación judicial de la mujer casada para comparecer en juicio no puede equivaler a suplir la limitación dispositiva sobre bienes que a la esposa impone la ley durante el matrimonio. A esta equivalencia se opone la necesidad de una declaración judicial específica que justifique la imposibilidad de intervenir la autoridad marital en la vida patrimonial de los cónyuges.

Costas—a quién corresponde el pronunciamiento sobre ellas.

Conforme a reiterada jurisprudencia, cuando no existe precepto legal que obligue a determinado pronunciamiento, el de costas queda reservado al exclusivo juicio de los Tribunales de instancia.

ANTECEDENTES.—El 15 de diciembre de 1947, ante el Juzgado de Primera Instancia de S., doña J. H. A., casada con don E. S., habilitada judicialmente para comparecer en juicio por ausencia de su marido, y don T. R. C., demandaron a doña I. C. M., ejercitando el derecho de retracto de la Ley de Arrendamientos Rústicos, la primera sobre un conjunto de fincas y el segundo sobre una sola, de que alegaban ser arrendatarios. Las fincas habían sido vendidas a la demandada en escritura pública, por el marido de la anterior dueña, por sí y en representación de su esposa, sin que hubiese mediado la notificación exigida por la ley.

La demandada contestó manifestando que los actores tenían perfecto conocimiento de la venta por haberles sido ésta notificada verbalmente, e invocaba, solicitando la desestimación de la demanda, la falta de personalidad de la actora, ya que el arrendatario de las fincas era su marido, don E. S., según resultaba del contrato de arrendamiento firmado por éste.

Practicadas las pruebas, el Juzgado de Primera Instancia de S. dictó sentencia estimando la demanda en cuanto a la acción ejercitada por don T. R. C., y desestimándola en cuanto a lo solicitado por doña J. H., sin hacer expresa condena de costas.

Apelada esta sentencia por doña J. H., fué confirmada íntegramente por la Audiencia Territorial de Burgos, imponiendo a la apelante las costas del recurso de apelación. Contra esta última sentencia interpuso doña J. H. recurso de revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, fundamentándolo en los siguientes

MOTIVOS.—Primer. Manifiesto error en la apreciación de la prueba documental practicada.

Segundo. Infracción, por falta de aplicación, del art. 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935.

Tercero. Infracción del art. 1.902 del Código civil, en relación con el 1.089 y 1.093 del mismo y con la Disposición transitoria 3.^a b) de la Ley de 28 de junio de 1940 y norma 6.^a de la 3.^a a).

CONSIDERANDO: Que es inestimable el primer motivo del recurso porque: 1.º La novación modifica o extingue un contrato y crea otro del cual aquél es precedente necesario. 2.º El contrato de arrendamiento en el que don E. S. era arrendatario, perteneció a la sociedad legal de gananciales y, por tanto, no podía extinguirse por novación sin consentimiento de quien la representa, administra y puede disponer de sus bienes (arts. 1.412, 1.413 y 1.416 del Código civil). Conviene anotar que no se trata, ni aun por alegación, del supuesto de novación personal por exposición o delegación. 3.º Doña J. H. no demostró que tuviera representación o autorización directa o conferida legítimamente de su marido para obligar o transformar a título oneroso derechos de aquella sociedad; se la vedaban en términos generales el artículo 1.416 del Código civil, sin que concurran los supuestos excepcionales del segundo párrafo de tal precepto. Tampoco se probó que actuara en el supuesto de los artículos 1.441, 181 y 183 y concordantes de dicho Código. 4.º Dicha señora, dentro del régimen legal de gananciales, no podía contratar para aducir derechos patrimoniales propios sin licencia o poder de su marido, porque se lo impedía lo dispuesto en la relación de los arts. 1.396, 1.401, 61 del Cuerpo legal citados y sus respectivos concordantes. 5.º La existencia de novación es un hecho sometido en su prueba al juicio de los Tribunales—tiene respectivamente declarado este Tribunal—, y negada por los de instancia en este litigio la que el primer motivo de revisión propugna, la inexistencia de prueba documental que tal novación declare, concordada con los razonamientos que quedan expuestos, enseña que si en principio, en los términos en que se pretende hacerla valer, le dan nota teórica de antijurídica, en la práctica del pleito, su prueba enseña, como la sentencia recurrida afirma, que en la sociedad legal de gananciales S.-H. sigue actuando el contrato de arrendamiento que para ella estipuló aquél.

CONSIDERANDO: Que en el segundo de los motivos de revisión se pretende que la habilitación judicial para que la mujer casada pueda comparecer en juicio equivale a suplir la limitación dispositiva sobre bienes que a la esposa impone la ley durante el matrimonio. No es posible esa identificación, porque al segundo supuesto de tal equivalencia se opone la necesidad de una declaración judicial específica que justifique la imposibilidad de intervenir la autoridad marital en la vida patrimonial de los cónyuges, supliéndola provisional o definitivamente, bien por la declaración de ausencia presente (arts. 181-184), de muerte (191), de incapacidad (213-229), todos con sus concordantes del Código civil. Esta indispensable declaración previa no se obtuvo en el caso en litigio, y por ello el segundo motivo del recurso tampoco puede tener aceptación.

CONSIDERANDO: Que la condena en costas impuesta a la parte recurrente es el motivo tercero de los de revisión. En tal propuesta se observa que

se opone a reiteradas decisiones de este Tribunal Supremo, porque, según ellas, cuando, como para el caso de este pleito ocurre, no existe precepto legal que obligue a determinado pronunciamiento, el de costas "queda reservado al exclusivo juicio de los Tribunales de instancia". Por otra parte, la revisión versa sobre el fallo, pero no sobre sus razonamientos, y la fórmula "por lo expuesto" para deducir de esa exposición la contradicha condena, es suficientemente amplia para entenderla razonada como justa convicción del deber de costear gastos contra derecho causados a la parte demandada.

CONSIDERANDO: Que esta Sala, y a efectos de este recurso de revisión, estima que no procede hacer especial imposición de costas.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 10 ENERO 1951

Recurso de revisión por injusticia notoria: apreciación de la prueba.

Las declaraciones de hecho contenidas en el fallo impugnado tienen todo el valor que les da la falta de impugnación por el cauce legal pertinente cuando todos los motivos que integran el recurso se amparan en la norma 7.^a, causa 3.^a de la disposición transitoria 3.^a, a) de la Ley de 28 de junio de 1940, pero ninguno en la causa 4.^a

SENTENCIA 29 ENERO 1951

Causa de pedir.

La causa de pedir en la reclamación de la contribución territorial que excede sobre el 20 por 100 de la renta estipulada sobre un predio, no exige razonar la deuda y justificar su cuantía.

Recurso de revisión: motivos: alusión al precepto infringido.

El recurso de revisión, a diferencia del de instancia, obliga al recurrente a citar de modo concreto el precepto de la ley o el uso del lugar infringido.

Catastro: valor de sus datos.

Los datos catastrales, a falta de otros que eficazmente se le opongan, prestan eficiente fundamento para tomarlos como antecedente cierto de una solución jurídica.

ANTECEDENTES.—El demandante reclama judicialmente los excesos de la contribución territorial del predio sobre el 20 por 100 de la renta estipulada en dos contratos sucesivos de arrendamiento sobre una misma here-

dad y lo devengado en concepto de cuota por guardería y policía rural asignada a la finca por la Hermandad Sindical correspondiente a la citada finca. Anteriormente había hecho esta reclamación por carta privada al demandado. Este se opone alegando que no está suficientemente determinada la "causa" de la petición ni deslindados los conceptos y cantidades en virtud de los cuales se hace la reclamación.

El Juzgado y la Audiencia condenan al pago y el demandado interpone recurso de revisión.

MOTIVOS.—(Véanse los Considerandos.)

CONSIDERANDO: Que es infundado el primer motivo del recurso porque así el Juzgado como la Audiencia, al aceptar ésta los razonamientos de aquél, encuentran en la carta de 19 de abril de 1948 cumplimiento cabal del artículo 1.º del Decreto de 6 de febrero de 1948, viendo en ella y usando literalmente, en sus respectivas sentencias, *la expresión "causa" de pedir en el mismo sentido que el dicho Decreto exige, esto es, razón y cuantía global de la exigencia; por otra parte, tal Decreto no obliga al arrendador a que en esa invitación previa de pago, "razone" la deuda y "justifique" su cuantía, como en este motivo de revisión se alega.*

CONSIDERANDO: Que *el segundo motivo del recurso olvida que el de revisión no es de instancia y que por ello, y como fundado aquél en la causa 3.ª de la norma 7.ª de la disposición transitoria 3.ª a) de la Ley de 28 de junio de 1940, venía obligado el recurrente a citar de modo concreto el precepto de la ley o el uso del lugar a que alude el último párrafo del artículo 170 de la Orden de 23 de marzo de 1945, ya en sí, ya en relación con el 164 de la misma Orden que hubiera infringido la Sala de instancia al hacer el pronunciamiento impugnado en el motivo de revisión que se comenta, y, por tanto, ante la omisión de aquella cita, dicho motivo bajo la rúbrica de la causa 3.ª es intrascendente. No cabe eludir el deber de tal cita, porque si se estima que no hay disposición legal aplicable (aspecto negativo del caso que impediría la cita), queda la afirmación (aspecto positivo) de que la cuota proporcional no se aviniera al uso o costumbres locales; esto es, no se niega el uso, sino la conformidad de cuota y uso, y esa disconformidad tan sólo con su prueba pudiera estimarse.*

CONSIDERANDO: Que el Tribunal de instancia al admitir como base legal de cuantía contributiva los datos catastrales aportados al pleito, no infringe el artículo 8.º de la Ley de 16 de octubre de 1940. Tales datos, a falta de otros que eficazmente se le opongán, prestan eficiente fundamento para tomarlos como antecedente cierto de la solución jurídica impuesta por las normas que regulan los de su clase y circunstancias. El aludido artículo 8.º, por otra parte, nada dispone en oposición al pronunciamiento impugnado en el tercer motivo de revisión.

CONSIDERANDO: Que el cuarto de tales motivos, amparado por la causa 4.ª, norma 7.ª de la disposición transitoria 3.ª, a), de la Ley de Arrendamientos rústicos de 28 de junio de 1940, ha de tratarse estudiando su tesis en conjunción con las del segundo de los aspectos del tercero, ya que uno y otro coinciden en su exposición para impugnar como base de tributación el resultado de los datos catastrales determinantes del fallo

recurrido, para afirmar ante ellos, como preferentes en orden a certeza, el informe del perito que a propuesta de la parte recurrente ha mensurado las tierras componentes de la heredad base del pleito.

CONSIDERANDO: Que es inaceptable la propuesta referida en la precedente consideración: Primero. Por cuanto se razonó en las que anteceden. Segundo. Porque el impuesto contributivo se devengó y pagó conforme a los datos catastrales, e ínterin no se demuestre eficazmente que hubo exceso por pago indebido como antecedente de la reclamación repercutida, ésta debe aceptarse. Tercero. Los datos catastrales no pueden ceder ante un informe pericial carente "de la ratificación con juramento a presencia judicial exigiendo como rito formal en el artículo 627 de la Ley de Enjuiciamiento civil; ello aparte de que el criterio de libre estimación de las informaciones periciales, hállese atribuido a los Tribunales en el artículo 632 de la citada Ley procesal. Cuarto. En los contratos de arrendamiento causa de este litigio estipulados, el primero en 16 de febrero de 1940 y en 30 de enero de 1944 el segundo, el arrendatario, hoy recurrente, dijo expresamente, de acuerdo con la arrendadora, que tomaba en arrendamiento la finca arrendada de cabida *aproximada* de mil fanegas, y que no se describe *por ser conocida de las partes contratantes*. Ese conocimiento que perduró, mejorado por la experiencia arrendaticia, desde 16 de febrero de 1940 al 47, no puede convertirse hoy en el *error* alegado en el motivo de revisión que se analiza, como no sea para tener presente tal notación, viendo la razón de ella en la conveniencia del momento, pero ineficaz al servicio de la verdad. Quinto. El demandado hoy recurrente no podía ignorar su deber contributivo proporcional como impuesto por la ley; tampoco su facultad de que se rectificaran elementos básicos de tal proporcionalidad inciertos, si estimaba que habiéndolos podían perjudicarle ilegítimamente. Su pasividad en este sentido durante el tiempo de su permanencia en el fundo, no puede beneficiarle en el aspecto que hoy pretende, y, al contrario, coadyuva a robustecer la solución de juicio de prueba, fundamento del fallo recurrido.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 31 ENERO 1951

Arrendamientos rústicos: aparcería: desahucio: deslealtad y fraude: conformidad con la prueba practicada derivada de no haberse opuesto a la misma en el momento procesal adecuado.

Eficazmente probado, tanto por declaración de testigos como por la propia confesión del demandado, la falta de pago por el aparcerero-cultivador, de la parte alicuta de frutos que le correspondía abonar al aparcerero-propietario conforme al contrato, no habiéndose alegado el error de hecho ni de derecho en la apreciación de la prueba y concurriendo, además, las causas de "daños", "deslealtad" y "fraude" a que se refieren los números 3.º y 5.º de los artículos 28 y 47, respectivamente, de la Ley de 15 de marzo de 1935, no ha lugar al recurso de revisión entablado contra la sentencia que dió lugar al desahucio.

SENTENCIA 31 ENERO 1951

Legitimación activa—momento procesal de acreditarla.

Por disposición del número 2.º del artículo 503 de la LEC., el documento en que el actor funde su legitimación procesal se acompañará necesariamente a la demanda, exigencia legal que excluye la facultad de presentarlo en cualquier otro momento.

Recurso de revisión—por error en la apreciación de la prueba—impugnación de la apreciación conjunta.

No es lícito impugnar la apreciación conjunta de la prueba efectuada por el juzgador de instancia.

Recurso de revisión—costas.

La conformidad de las dos sentencias de instancia que se confirman, y el tratarse de cuestión de hecho, que implica dificultad de investigación y crítica para el juzgador, pero no para las partes, aconsejan la imposición de las costas del recurso a los recurrentes.

SENTENCIA 6 FEBRERO 1951

Recurso de revisión: carácter.

El recurso de revisión es un recurso extraordinario que no constituye una instancia más en el procedimiento.

Recurso de revisión—por error en la apreciación de la prueba—cauce de impugnación.

La apreciación de la prueba de confesión judicial debe impugnarse al amparo de la causa 4.ª, y no de la causa 3.ª de la Disposición trans. 3.ª, A), norma 7.ª, de la Ley de 1940.

Recurso de revisión—por error en la apreciación de la prueba—impugnación de la apreciación conjunta.

La apreciación conjunta de la prueba no puede ser combatida con elementos aislados de ésta que ya fueron tenidos en cuenta por la Audiencia sentenciadora.

Recurso de revisión—costas—temeridad.

La discrepancia de las dos sentencias de instancia y la naturaleza del fondo del recurso impiden el que pueda estimarse temeraria la conducta del recurrente al interponerle.

ANTECEDENTES.—Ocasiona el litigio la calificación jurídica de la relación contractual existente entre demandante y demandado, en virtud de la

cual el primero entregó al segundo cierto número de fincas y ganado para la cría, pactándose el reparto de frutos por mitad, pero estipulándose posteriormente el pago al actor de una cantidad líquida fija (1.600 pesetas) por los frutos de las fincas, cantidad que en algún recibo calificó el demandante de "renta". Para el actor, se trata de un contrato mixto de aparcería agropecuaria, mientras que para el demandado existen dos relaciones diferenciadas: un arrendamiento de fincas rústicas y una aparcería ganadera. El alcance práctico de la discusión es considerable, porque habiendo vendido el demandado el ganado recibido y las crías, alegando como pretexto la imposibilidad de alimentarlo, el demandante ve aquí una causa de desahucio, mientras que el demandado estima que el arrendamiento de las fincas rústicas seguirá con independencia de la suerte de la aparcería pecuaria. El Juzgado de Primera Instancia no da lugar al desahucio, pero sí la Audiencia de Pamplona, y el demandado interpone recurso de revisión ante la Sala V.

MOTIVOS.—Véanse los considerandos.

CONSIDERANDO: Que la apreciación conjunta hecha por la Sala *a quo* deduce que la voluntad de las partes fué la de que el demandado se instalase en las fincas y atendiese a su cultivo para sostener sobre ellas los ganados que le entregase el actor, dividiendo por mitad las ganancias procedentes de los ganados y abonando por concepto de frutos no consumidos una suma fija que se cifró en 1.600 pesetas, convención que constituye un contrato mixto de aparcería agropecuaria, y si bien se combate por el recurrente tal apreciación de prueba como errónea, al amparo de la causa cuarta de la norma séptima de la disposición transitoria tercera A) de la Ley de 28 de junio de 1940, es lo cierto que lo hace valiéndose de elementos aislados de la prueba documental obrante en autos, que ya fueron tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora, no estimándolos bastantes para modificar su convicción, dándose en la sentencia recurrida cumplida justificación del empleo de la palabra renta que aparece en varios documentos sin que ello implique la existencia de un contrato de arrendamiento y estableciendo la debida relación entre los contratos pecuarios con la utilización y aprovechamientos de las fincas rústicas por el demandado, vinculación y obligada relación de unos y otros contratos que tiene su fundamento en los demás antecedentes de facto que sirven de base a la Audiencia sentenciadora para la resolución del pleito, y que, como se ha dicho, no puede ser combatida con elementos aislados de la prueba que fueron ya tenidos en cuenta por aquélla, ya que el recurso de revisión es un recurso extraordinario que no constituye una instancia más en el procedimiento, en el que la apreciación de la prueba por el juzgador de instancia ha de combatirse, necesariamente, en la forma que exige la causa cuarta invocada, y que por las razones expuestas no acredita el manifiesto error constitutivo de injusticia notoria que se atribuye a la Sala sentenciadora en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDO: Que confirma la apreciación de la Sala en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de aparcería agropecuaria pactado el hecho de no haberse aumentado la cantidad que había de pagar en dinero el demandado no obstante haber aumentado el número de fincas que aprovechaba, las que ha utilizado durante varios años sin incremento alguno de la cantidad que pagó por vez primera el año 1942; la transformación

de otros que figuraban como castañales en prados, con notorios gastos para el actor, sin compensación con aumento de la cantidad en metálico a pagar anualmente por el demandado; la exigua cantidad de la prestación dineraria por el disfrute de treinta y tres fincas rústicas y el hecho de no haber aumentado dicha prestación en dinero en relación con la elevación del precio del trigo a que autorizaban las disposiciones aplicables a los arrendamientos rústicos.

CONSIDERANDO: Que la apreciación de la prueba de confesión que en la sentencia recurrida se hace, efectuada en conjunción con los demás elementos probatorios obrantes en el juicio, ha debido combatirse al amparo de la causa cuarta antes citada y no por la causa tercera, ya que constituye apreciación de prueba, que se impugna como notoriamente errónea, y por ello, el cauce adecuado para hacerlo es el expresado en la causa indicada.

CONSIDERANDO: Que parte el motivo tercero del recurso del supuesto de la existencia de contratos independientes de arrendamientos de fincas rústicas y aparcería pecuaria, cuando la realidad es, según declara la sentencia recurrida, que se trata de pastos mixtos de aparcería agropecuaria, y partiendo de este hecho, es evidente que no podía el aparcerero cultivador proceder por sí mismo a la venta del ganado reduciendo la relación contractual a un pacto arrendaticio de las fincas que llevaba para la explotación agropecuaria, alterando con ello la participación del propietario en los productos que tal explotación había de producir, constituyendo esa conducta causa de desahucio con arreglo a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley de 15 de marzo de 1935, por lo que debe ser también rechazado este motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que no obstante la complejidad que ofrece la calificación jurídica del contrato, según reconoce la sentencia recurrida, como el pleito se ha planteado en la forma que la Sala establece y se aceptan por ella los puntos de hecho en que funda su resolución, que por las razones que se exponen en los fundamentos precedentes no puede alterarse en este trámite procesal, a tal situación hemos de atenernos al resolver el recurso.

CONSIDERANDO: Que la discrepancia de las dos sentencias de instancia y la naturaleza del fondo del recurso impiden el que pueda estimarse temeraria la conducta del recurrente al interponerle.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 FEBRERO 1951

Arrendamientos rústicos: desahucio: por subarriendo de la finca o aprovechamientos prohibidos: congruencia de la sentencia que resuelve de acuerdo con lo solicitado en la demanda.

Declarado procedente el desahucio por la sentencia de instancia que recoge como causas del mismo las alegadas en la demanda, no cabe hablar de incongruencia entre la de segunda instancia y la de primera.

SENTENCIA 24 FEBRERO 1951

Juicio de desahucio—sumariedad: requisitos para que la complejidad impida el desahucio.

Es preciso que la pretendida confusión y complejidad resulte patente y notoria, con fundamento serio para los Tribunales.

ANTECEDENTES.—El arrendador de una finca rústica intenta desahucio por falta de pago y subarriendo; el demandado se opone afirmando que en 1920 se le concedió una opción de compra por diez años, de cuyo precio ha ido pagando plazos, lo que priva al demandante de legitimación activa o, por lo menos, impide la decisión en este procedimiento sumario. El Juzgado estimó la demanda y la Audiencia confirmó el fallo. El demandado apelante recurre en revisión por los siguientes

MOTIVOS.—1.º Al amparo de la norma 7.ª, causa 4.ª de la disp. transitoria 3.ª de la Ley de 28-VI-1940: error en la apreciación de la prueba de la complejidad del asunto.

2.º Al amparo de la norma 7.ª, causa 3.ª de la misma disp. trans. 3.ª: infracción de los arts. 1.569 C. c. y 1.564 LEC., en relación con el 28 de la Ley de 28-VII-1942, por no ser indudable que el demandante sea propietario.

3.º Al amparo de la norma 7.ª, causa 4.ª, de la misma disposición: la jurisprudencia interpreta los arts. 1.569, 2.ª, C. c. y 28, 3.ª, de la Ley de 1935 en el sentido de que no cabe desahucio por falta de pago cuando ha de practicarse liquidación.

4.º Para el caso de que se estime que el anterior debe ir al amparo de la causa 3.ª de la citada norma 7.ª: aplicación indebida de los artículos 1.569, 2.ª, C. c.; 28, 3.ª, de la Ley de 1935 y 1.562, 3.ª, LEC.

CONSIDERANDO: Que los cuatro motivos del recurso pueden sintetizarse en uno, ya que todos tienen igual fundamento con análogas consecuencias, porque la base del recurso es que, según el recurrente, la carta de 21 de abril de 1920 que presentó con su contestación a la demanda, como prueba capital de su oposición, carta dirigida a él por el demandante, integra un contrato de compraventa, cuya realidad ha sido objeto de discusión en el juicio, y existiendo confusión y complejidad sobre su calificación jurídica, según reconoce la sentencia recurrida en su penúltimo considerando, no puede declararse el desahucio sin previamente en otro juicio discutir y resolver sobre el contenido legal de tal carta, y al opinar lo contrario la sentencia y acceder al desahucio, cometió las infracciones legales y errores que se invocan en aquellos cuatro motivos del recurso.

CONSIDERANDO: Que no basta en un juicio de desahucio mezclar y confundir temas y alegar hechos contradictorios que puedan oscurecer la verdad, para que ya no pueda fallarse sobre desahucio, por el motivo de que son materia que se sale del ámbito de un juicio sumario, sino que es preciso que la pretendida confusión y complejidad resulte patente y notoria, con fundamento serio para los Tribunales, esto es, como se declara expresamente en las propias sentencias del Tribunal Supremo que en el recurso se citan, que en el presente desahucio prueba "que es poseedor realmente de la finca a título de dueño o presenta" título de dominio, y en el presente caso, si bien el demandado alega como razón de su oposición que el dueño

de la finca es él, tal dominio lo funda exclusivamente en un contrato de opción de compra de la finca que el demandante le concedió hace veintiocho años, en la mencionada carta de 21 de abril de 1920, por plazo de diez años, durante los cuales, y hasta la fecha, no aparece haber ejercido tal derecho de opción, originando con ello la caducidad del mismo, ya que si el titular de una opción no hace uso de su derecho en el plazo marcado, se extingue la relación iniciada, por lo que la carencia de todo valor jurídico del repetido documento a efectos de la acción del desahucio excusa toda confusión y duda.

CONSIDERANDO: Que, en cuanto a la existencia del contrato de compra-venta a que aluden las cartas de 25 de junio de 1939 y 1925, no sólo no aparece en los autos huella alguna de tal contrato, ni estar aceptado por el demandado, sino que por el contrario, abundan en el pleito recibos de rentas de fechas posteriores a la de dicha carta, en la que siempre aparece el demandado, abonando plazos vencidos, en concepto de arrendatario de la finca, incluso alega este carácter en las actas de incautación y devolución del inmueble por la Junta de Reforma Agraria, de 20 de agosto de 1934 y 30 de noviembre de 1940, y las propias cartas de 24 de noviembre de 1921 y 31 de enero de 1923, que se citan en el primer motivo del recurso, afirmando que la cantidad de 5.000 pesetas que en cada una de ellas se declara percibir, corresponden al pago de parte del precio de la compra, lo que en ambas cartas se consigna expresa y claramente es, que se recibe la cantidad como "pago del plazo de renta de la dehesa Espino", correspondiente al 2 de diciembre próximo, de todo lo cual se deduce que, sin complejidades ni confusión alguna, la Audiencia pudo fallar accediendo al desahucio solicitado en la forma que lo hizo sin incurrir en los errores que en el recurso se alegan, que no se precisa sin son de hecho o de derecho, ni en las infracciones de los preceptos legales que se indican, sin expresar el concepto o sentido en que se cometieron, todo lo cual obliga a desestimar la revisión pretendida.

FALLO.—No ha lugar.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Puntos de vista en torno al proceso civil español.*

SOLA CAÑIZARES, Felipe de: *La transmisión de cuotas en las sociedades de responsabilidad limitada.*

MORENO MOCHOLI, Miguel: *El concubinato.*

BONET CORREA, José: *La constitución tácita de las servidumbres en el Código Civil español.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

MARTÍN RETORTILLO, Cirilo: *Clases de frutos en el Código Civil.*

SALINAS QUIJADA, Francisco: *La mayoría de edad civil en Navarra y su unificación nacional.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.